

Internasjonal Barnebortføring

En komparativ analyse av norsk og internasjonal praksis
angående barnebortføringsloven § 12

Kandidatnummer: 411

Veileder: Cecilie Bailliet

Leveringsfrist: 25.11.06

Til sammen 17 924 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppbygging og avgrensning av oppgaven	3
1.2	Terminologi og definisjoner	6
<u>2</u>	<u>BARNEBORTFØRINGSLOVEN § 11</u>	<u>8</u>
<u>3</u>	<u>BARNEBORTFØRINGSLOVEN § 12</u>	<u>12</u>
3.1	Innledning	12
3.1.1	Unntakene og konvensjonens effektivitet	13
3.1.2	”Barnets beste”	14
3.2	Barnebortføringsloven § 12 (1) (a)	18
3.2.1	Innledning	18
3.2.2	Tidsfristen	19
3.2.3	Funnet seg til rette i sitt nye miljø	21
3.3	Barnebortføringsloven § 12 (1) (b)	25
3.3.1	Innledning	25
3.3.2	Norsk praksis	26
3.3.3	Internasjonal praksis og litteratur	27
3.3.4	Posttraumatisk stress syndrom hos barn	32
3.4	Barnebortføringsloven § 12 (1) (c)	35
3.4.1	Innledning	35
3.4.2	Norsk praksis	36
3.4.3	Internasjonal praksis og litteratur	37
3.5	Barnebortføringsloven § 12 (1) (d)	41
3.5.1	Innledning	41
3.5.2	Internasjonal praksis og litteratur	43

<u>4</u>	<u>EN SAMMENLIGNING AV NORSK OG INTERNASJONAL PRAKSIS ANGÅENDE BARNEBORTFØRINGSLOVEN § 12, JFR. HAAG-KONVENSJONEN ART. 12 (1) OG (2), 13 OG 20</u>	<u>46</u>
4.1	Konklusjon	53
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>54</u>

1 Innledning

Tema for denne avhandlingen er internasjonal barnebortføring. Dette er et problem som får lite oppmerksomhet og oppfølging både på den politiske arena og i samfunnsdebatten generelt. Barnebortføring oppleves som forferdelig både for barnet og foreldrene. Mange emner innen dette rettsområdet skaper problemer for domstolene og individene involvert.

Norge er tilsluttet to internasjonale konvensjoner på dette området; *Konvensjon av 25.oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring*, heretter kalt Haag-konvensjonen, og *Europeisk konvensjon av 20.mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar*, heretter kalt Europarådkonvensjonen. Disse er transformert til norsk lov gjennom *Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn av 8.juli 1988 nr.72*, heretter kalt barnebortføringsloven. Kap. 3 i barnebortføringsloven omhandler tilbakelevering av bortførte barn etter Haag-konvensjonen. Hovedregelen er å finne i § 11 og unntakene i § 12.

I Inst.S.nr.245 (2002-2003) viser stortingsrepresentantene Eirin Faldet, Karita Bekkemellem Orheim og Knut Storberget til at barnebortføring eller tilbakeholdelse av et barn, har vist en økende tendens i Norge. I innstillingen blir det vist til at antall barnefamilier med flernasjonal bakgrunn stiger, og at dette gir økt risiko for at en av foreldrene ved et samlivsbrudd kan ønske å ta med seg barna til sitt opprinnelige hjemland.¹

I en barnebortføringssituasjon oppstår det en kollisjon mellom interessene til mor, far og barnet. Det avgjørende i en slik situasjon er, ifølge Haag-konvensjonen, å fremme barnets

¹ Innst. S.nr.245 (2002-2003) s.1

interesser, da en bortføring kan oppleves som både traumatisk og vondt for barnet. I Explanatory Report by Elisa Pèrez-Vera til Haag-konvensjonen, blir dette underbygget i fastleggelsen av formålet med konvensjonen;” (...)in particular the importance which has been placed on the interest of the child (...). ”² Når et barn blir tatt med til, eller ut av Norge, så kan både de individuelle partene og de juridiske myndighetene støte på kulturelle forskjeller. Helhetsvurderingen av hva som er i barnets interesse blir dermed kulturelt betinget og det kan oppstå interessemotsetninger mellom hva domstolene i de forskjellige statene betrakter som den beste løsningen. I forskjellige land kan det være preferanser og presumsjoner om barnets velferd. Dette kan være i uoverensstemmelse med norske forhold og lovverk, og gjøre en bortføringssituasjon både vanskelig og problemfylt for domstolene og individene involvert.. Dette kommer frem av Innst.S.nr.245; ”Videre mener komiteen at mange av sakene vanskeliggjøres ved at barnet bortføres til land med en annen familiekultur og rettstradisjon.”³ Dette blir ikke utdypet i innstillingen med hensyn til konkrete stater, men det understrekes hvor viktig det er at flere stater slutter seg til Haag-konvensjonen. Hvis flere stater gjør dette kan vi legge grunnlaget for et sett med universelle regler som kan få forrang i forhold til en stats rettstradisjon og kultur.

I barnebortføringssaker befinner vi oss på et internasjonalt nivå, og det at statene samarbeider raskt og effektiv er utslagsgivende. For å oppnå dette, må man ha internasjonale instrumenter som er helhetlige i sin utforming, og hvor praksisen er konform. Det er i alles interesse at statene er lojale mot prinsippene og respekterer de internasjonale instrumentene. Konvensjoner som *Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen fra 1950 (EMK)*, *De forente nasjoners internasjonale konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)*, samt *sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP)*, og til slutt *De forente nasjoners internasjonale barnerettskonvensjon fra 1989*, er relevante instrumenter i den internasjonale bekjempelsen av barnebortføring.

² Pèrez-Vera (1982) s. 428

³ Innst.s.nr.245 (2002-2003) s. 2

I denne oppgaven vil jeg se på den norske og den internasjonale praksis angående barnebortføringsloven § 12, jfr. Haag-konvensjonen art. 12 (2), 13 (1) (b), 13 (2) og 20 i et komparativ perspektiv. Dette rettsområdet er en del av internasjonal privatrett. Rettskildene til Haag-konvensjonen vil være relevante for å forklare både norsk og internasjonal praksis. Siden konvensjonen er transformert til norsk rett vil konvensjonsteksten, i prinsippet, kun være relevant som et av lovens forarbeider. I forarbeidene til loven er det dog ikke nevnt noe om å fravike konvensjon, dermed kan man anta at loven kan tolkes i samsvar med konvensjonsteksten. Kvisberg anså, i sin avhandling, konvensjonsteksten som et forarbeid med betydelig vekt.⁴ Konvensjonens for- og etterarbeider er lettere tilgjengelige enn mange andre konvensjoners for- og etterarbeider, da de er samlet og utgitt i et bind; *Actes et documents* (1980), som kan bestilles fra Haag-kontoret. Og siden konvensjonstekster av flere forfatter har blitt ansett som relevante, må det ifølge Kvisberg i hvert fall gjelde for Haag-konvensjonen.⁵ Når det gjelder andre staters rettspraksis, skal de i utgangspunktet ikke være relevante eller være mer tungtveiende enn andre norske rettskilder. Men dette gjelder en internasjonal konvensjon hvor medlemsstatene søker å oppnå en uniform forståelse og praksis av et instrument som skal forhindre og bekjempe et stort problem, og dermed må man se hen til andre staters praksis. Rettspraksis fra andre stater vil da være en relevant rettskilde, selv om konvensjonen til dels består av kompromissløsninger mellom statene. Det vil da oppstå spørsmål om Norge vil være bundet av en avgjørelse som er i konflikt med norske rettsprinsipper. Her må domstolene vurdere hver sak individuelt opp mot norske rettsprinsipper og reelle hensyn.

1.1 Oppbygging og avgrensning av oppgaven

I kapittel 1.2 gir jeg en kort oversikt over terminologien og definisjonene brukt i denne oppgaven. I kapittel 2 kommer en kort introduksjon av hovedregelen i barnebortføringsloven § 11. Det er mye man kan ta frem og drøfte under denne

⁴ Kvisberg (1994) s.71

⁵ Kvisberg (1994) s. 72 med henvisninger til Eckhoff (1993) s. 250, Lødrup (1966) s. 100 og Oftedahl Broch (1968) s. 610

bestemmelsen, men jeg vil holde meg til en normativ og, til dels, deskriptiv fremstilling. Formålet med kapittel 2 er å vise hovedtrekkene for å forstå innholdet og rekkevidden av unntakene som blir diskutert i kapittel 3. Her kommer hoveddrøftelsen hvor § 12 individuelt blir drøftet og praksis av dommere og andre myndigheter angående bestemmelsens enkeltdeler blir sammenlignet. § 12 i sin helhet blir kort introdusert med historikk og formålet for unntakene både i Norge og internasjonalt, da formålet er avgjørende for den videre fremstillingen. Ofte mangler internasjonale konvensjoner og traktater omfattende for- og etterarbeider, og dermed blir målene uttrykt i selve konvensjonen eller traktaten retningsgivende. I 3.1.1 vises unntakene i forhold til konvensjonens effektivitet som kan være med på å forklare hvorfor domstolene tolker og anvender bestemmelsene slik de gjør. I 3.1.2 tar denne oppgaven for seg ”barnets beste”, da denne standarden er et tungtveiende hensyn, som samtidig har skapt problemer i forhold til bevis og avgrensning foretatt av dommere i forhold til unntakene. Deretter kommer underkapitelene 3.2, 3.3, 3.4 og 3.5 som hver for seg tar for seg § 12 (a), (b), (c) og (d). De viktigste elementene i disse kapitelene er lovteksten i den norske barnebortføringsloven og konvensjonsteksten, norske forarbeider og, hvis tilgjengelig, norsk rettspraksis. For- og etterarbeider til konvensjonen samt utenlandsk rettspraksis vil være relevant i drøftelsen, for å se på om det er en uniform praksis av konvensjonens bestemmelser og prinsipper. Norsk praksis, i sin helhet, støtter seg i hovedtrekk på rapporter og arbeider i forbindelse med Haag-konvensjonen, særlig Pérez-Vera rapporten, som i denne oppgaven vil være en tungtveiende rettskildefaktor. Utenlandsk rettspraksis under Haag-konvensjonen er samlet i INCADAT; databasen for internasjonal barnebortføring i regi av Haag-konferansen. Denne databasen er brukt i stor grad i denne fremstillingen. Juridisk litteratur og artikler, særlig fra databasen Westlaw, blir i det følgende brukt kun som empiriske utgangspunkt, da det kan være vanskelig å avgjøre relevans og vekt i forhold til disse typer rettskilder. Til slutt i kapittel 4 kommer drøftelsen hvor norsk og internasjonal praksis blir oppsummert og sammenlignet.

Barnebortføringsloven i sin helhet vil bli anvendt i tolkingen og forståelsen av §§ 11 og 12, men ellers vil denne oppgaven være kun konsentrert om §§ 11 og 12.

Europarådkonvensjonen vil ikke bli vurdert, da denne konvensjonen omhandler, generelt

sett, gjenopprettelse av foreldreansvar og om anerkjennelse og fullbyrding av foreldreansvar. Denne avhandlingen fokuserer kun på de sivile sidene ved barnebortføring, og vil dermed heller ikke komme inn på de strafferettslige sidene, bl.a. straffeloven § 216. For de som er interessert i de strafferettslige sidene ved barnbortføring, så kan det være av interesse å se på innst.s.nr.245 (2002-2003)

Unntakene i barnebortføringsloven § 12 reiser flere spørsmål og problemstillinger. I denne oppgaven fokuseres det på definisjonene og bruken av kriteriene i lovbestemmelsen i Norge versus internasjonalt. I forbindelse med disse spørsmålene begrenses avhandlingen ytterligere ved å se bort i fra temaer som; domstolenes adgang til å sette vilkår ved tilbakesendelse, tiltak i bostedstaten til barnet for å sikre barnet fysisk og psykisk ved en eventuell tilbakesendelse (undertakings), og utførelsen, eller mangelen, av selve tilbaksendingen når dette blir bestemt.

Det foreligger to unntak i konvensjonsteksten som ikke er uttrykkelig nevnt i den norske lovteksten. Først av alt plikter ikke den juridiske eller administrative myndighet å tilbakesende barnet dersom den person, institusjon eller instans som hadde omsorgen for barnet, faktisk ikke utøvde retten til foreldreansvaret da bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted. I Ot.prp.nr. 52 blir dette ansett for å følge av § 11 (2). Dette følger sannsynligvis av en antitetisk tolkning av § 11 (1) (b).⁶ Barnebortføring eller tilbakeholdelse er ulovlig dersom foreldreansvaret faktisk ble utøvd, det er naturlig å anta at resultatet blir det motsatte når foreldreansvaret ikke ble utøvd. I slike tilfeller foreligger det ikke noen ulovligheter og dermed *skal* domstolene, ifølge Kvisberg, avslå en begjæring om tilbakesendelse.⁷ For det andre plikter ikke de juridiske eller administrative myndighetene å sende barnet tilbake dersom den som hadde omsorgen for barnet på bortføringstidspunktet, samtykket i eller på et senere tidspunkt godtok bortføringen eller tilbakeholdelsen. Loven skal tolkes i samsvar med konvensjonsteksten, og dermed har ikke myndighetene noen

⁶ Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s. 20

⁷ Kvisberg (1994) s. 119

konvensjonsmessige forpliktelser til å sende barnet tilbake i slike tilfeller.⁸ Pèrez-Vera rapporten sier at bortførelse eller tilbakeholdelse får en helt annen karakter hvis den gjenværende forelder samtykker på forhånd eller på et senere tidspunkt.⁹

Barnebortføring kan skje både internasjonalt og nasjonalt, denne fremstillingen vil kun se på de internasjonale forhold ved dette rettsområdet.

1.2 Terminologi og definisjoner

I tilfeller av ulovlig bortføring og tilbakeholdelse av et barn, er det snakk om at barnet blir tatt bort fra det miljøet han/hun er vant til, i tillegg til at barnet blir atskilt fra den personen som gjennom en juridisk prosess har fått og utøver foreldreretten. I samme kategori kommer også situasjoner hvor barnet, etter en utenlandsreise som den som har foreldreretten har godkjent, blir holdt tilbake og ikke får returnere til sitt sedvanlige miljø.¹⁰

Bortføreren er den personen som tar barnet med seg ut av landet. I flertallet av sakene dreier det seg om mor eller far.¹¹ *Gjenværende* er den person som har (del i) foreldreansvaret for barnet før bortføringen, og som får sitt foreldreansvar krenket ved handlingen. *Bostedstaten* er det land der barnet var bosatt før bortføringen og *mottakerstaten* er det land barnet er bortført til, og som det nå kreves tilbakelevert fra.¹²

Barnelova kapittel 5 tar for seg foreldreansvaret og hvor barnet skal bo fast. I § 34 blir det slått fast at foreldre som er gifte har felles foreldreansvar for felles barn, jfr. 1.ledd. Hvis foreldrene skiller seg, kan de avtale at de fortsatt skal ha felles foreldreansvar eller at kun en av foreldrene skal ha ansvaret alene. Til det foreligger endelig avgjørelse, har begge

⁸ Kvisberg (1994) s. 120

⁹ Pèrez-Vera (1982) s. 461

¹⁰ Pèrez-Vera (1982) s. 428

¹¹ Pèrez-Vera (1982) s. 429

¹² Kvisberg E. (1994) s. 17-18

foreldrene ansvaret, jfr. 2.ledd. Er foreldrene ikke gift eller bor sammen, er det moren som automatisk får foreldreansvaret, jfr. § 35.1. Men mor og far kan avtale at de skal ha foreldreansvaret i sammen, eller at far skal ha foreldreansvaret alene, de må bare gi beskjed til folkeregisteret, jfr. § 35.3 og § 39.1. Fra 1. januar 2006 fikk registrert samboende foreldre automatisk felles foreldreansvar, for felles barn født etter denne datoen, jfr. § 35.2.¹³ Foreldreansvaret er et todelt ansvar; det innebærer omsorg for barnet og en rett for den som har foreldreansvaret til å bestemme for barnet i personlige forhold, jfr. § 30.1.

¹³ Innst.O.nr.84 (2004-2005) s. 1 og Ot.prp.nr.82 (2002-2003) s. 6

2 Barnebortføringsloven § 11

§ 11 i barnebortføringslovens kapittel 3; *Tilbakelevering av bortførte barn etter Haag-konvensjonen*, tar for seg det som er essensen i konvensjonen. Bestemmelsen sier at barn som blir bortført til Norge eller holdt tilbake her i landet, skal leveres tilbake straks, dersom barnet umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen hadde bosted i en stat tilsluttet Haag-konvensjonen. Bestemmelsen tilsvare art. 3, 4 og 12 (1) i Haag-konvensjonen. Art. 1 i Haag-konvensjonen stadfester at formålet med konvensjonen er å sikre *umiddelbar* tilbakelevering av barn som er ulovlig bortført til eller ulovlig holdt tilbake i en konvensjonsstat, og å sørge for at rett til foreldreansvaret og samvær i en konvensjonsstat effektivt respekteres i andre konvensjonsstater. Det samme kommer frem i preambelet til konvensjonen, hvor de stater som har ratifisert konvensjonen underskriver på at de ønsker: "(...) to ensure their (barna) prompt return to the State of their habitual residence (...)", å gjenopprette status quo.

I barnebortføringsloven § 11 (2) (a) og (b) blir ulovlig bortføring og tilbakeholdelse definert. For det første foreligger det ulovlighet dersom bortføringen eller tilbakeholdelsen er i strid med rett til foreldreansvar, jfr. kapittel 1.2. Denne retten må en person, enten i felleskap eller alene, ha etter loven i den stat som barnet bodde i umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen. I tillegg må foreldreansvaret faktisk ha blitt utøvd på den tiden bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted, eller blitt utøvd dersom bortføringen eller tilbakeholdelsen ikke hadde funnet sted. I Rt.1997 s. 1879 sa Høyesteretts Kjæremålsutvalg seg enig med lagmannsretten i en sak som omhandlet tilbakeføring av barn etter barnebortføringsloven;" Når det gjelder kravet i § 11 annet ledd bokstav b om at foreldreansvaret rent faktisk må være utøvd på den tid bortføringen skjedde, uttaler lagmannsretten at det gjelder en presumsjon for at et felles foreldreansvar rent faktisk også blir utøvd. Det fremsto etter lagmannsrettens oppfatning som åpenbart uholdbart at dette likevel ikke skulle gjelde for faren, som følge av at han ikke hadde tatt del i den daglige

omsorgen da datteren var i Norge.” Her var datteren blitt tatt med til Norge fra USA av moren. Før den ulovlige bortføringen hadde det foreldrene imellom vært avtalt at moren og barnet skulle ha et lengre opphold i Norge. Her gjorde lagmannsretten det klart at faren ikke, som følge av denne frivillige avtalen, skulle miste noen rettigheter. Det ble som nevnt vist ovenfor at han fortsatt hadde en del i foreldreansvaret, og kunne dermed påberope seg barnebortføringsloven § 11.

I art. 3 i Haag-konvensjonen kommer definisjonen av ulovlig bortføring og tilbakeholdelse av barn. I tillegg til det som er inntatt i barnebortføringsloven § 11 (2) (a) og (b), har art. 3 et annet ledd som stadfester hva som kan være en gyldig rett til foreldreansvaret (right of custody). Foreldreansvaret kan være et resultat av lovgivning, eller av et juridisk eller administrativt vedtak. Det kan til slutt også være en overenskomst med rettslig gyldighet i henhold til loven i den aktuelle stat. Videre i art. 5 (a) blir foreldreansvar definert som retten til omsorg for barnets person og særlig retten til å bestemme hvor barnet skal bo, som er i overensstemmelse med hovedtrekkene i fastleggelsen av foreldreansvaret i norsk lovgivning, se barnelova § 30 og kapittel 1.2. Foreldreansvaret i norsk rett kan grovt sett deles i to elementer: omsorgsplikt og bestemmelsesplikt og – rett. Bestemmelsesplikten og -retten kan dreie seg om hvor barnet skal bo, barnets alminnelige oppdragelse og medisinsk behandling.¹⁴ Videre fremkommer det likevel at begrepet ”foreldreansvar” etter barnebortføringsloven og Haag-konvensjonen må tolkes videre enn det tilsvarende begrep i barnelova. Det omfatter også vedtak som for eksempel sosiale myndigheter treffer om å plassere barnet utenfor foreldrehjemmet, for eksempel i fosterhjem eller i institusjon, som er vedtak etter barnevernloven.¹⁵

Internasjonalt har det i rettssaker under Haag-konvensjonen etter hvert kommet noen prinsipper i forhold til kravet om rett til foreldreansvaret. I en sak hvor moren tok med seg

¹⁴ Smith (2004) s. 85-89

¹⁵ G-136/91 (1991) s. 30

sin 9 år gamle datter til England fra USA, (Re P (A Child)(Abduction: Acquiescence))¹⁶, kom ankedomstolen i England med en prinsipiell uttalelse om foreldreansvaret under Haag-konvensjonen; for det første krever konvensjonen en autonom tolkning av begrepet ”foreldreansvar”. For det andre gir ikke referansen i art. 3, jfr. § 11 (2) (a) angående foreldreansvar som følger av loven i den stat der barnet hadde sitt bosted, et lovvalg i den aktuelle staten i den forstand at dersom den nasjonale lovgivningen ikke karakteriserer rettigheten som en foreldrerett, så vil det ikke være en rett som gir opphav til bruk av Haag-konvensjonen. Videre fastslo retten at deres oppgave er å etablere rettighetene til foreldrene under den lov som gjelder i den aktuelle stat, og så vurdere om disse rettighetene frembringer foreldreansvar under Haag-konvensjonen. I denne vurderingen har domstolene en plikt til å foreta en effektiv og grundig tolkning av konvensjonen.

Brudd på utreiseforbudet i barnelova §§ 40 og 41 anses som barnebortføring i Haag-konvensjonens betydning. Barnelova § 40 gir den som har foreldreansvaret alene lov til å flytte utenlands med barnet uten den andres godkjennelse. Har foreldrene ansvaret i sammen, må begge samtykke i at den ene tar med seg barnet utenlands. § 41 gjelder kortere feriereiser med barnet. Den som har del i foreldreansvaret, eller ansvaret alene, kan ta med barnet på kortere utenlandsturer. Den av foreldrene som ikke har foreldreansvar kan ikke reise uten den andres samtykke. Er det fare for at den av foreldrene som har del i foreldreansvaret ikke vil komme tilbake med barnet etter et ferieopphold, kan retten legge ned et forbud mot utenlandsreiser. I Ot.prp.nr.56 (1996-1997) nevnes det i denne forbindelse:” Retten må kunne ta stilling til hvorvidt det foreligger fare for kidnapping i det konkrete tilfelle. Her vil vedkommende forelders tilknytning til andre land være av stor betydning. Som utgangspunkt må man regne med at jo sterkere tilknytning vedkommende

¹⁶ INCADAT, HC/E/UK 591, 2004. Foreldrene, amerikanske statsborgere, hadde aldri vært gift. Moren fikk foreldreansvaret alene og faren samværsrett, men det ble bestemt at barnet ikke kunne forlate staten New York uten rettskjennelse eller avtale. Moren giftet seg med en engelskmann og tok med seg barnet til England. Hjemmet i USA søkte faren om foreldreansvaret for barnet, noe som retten ga ham. Førsteinstansen i England forkastet farens begjæring om tilbaksendelse. Han anket og den ble tatt til følge. Barna ble tilbakesendt.

forelder har til Norge, desto mindre er faren for kidnapping.”¹⁷ Dette ble uttalt i forbindelse med mulighetene for å nekte utenlandsreiser når det blir påstått at det er fare for tilbakeholdelse.

Det er viktig å huske at Haag-konvensjonen er ingen konvensjon om anerkjennelse og fullbyrding av foreldreansvaret og daglig omsorg, men en konvensjon om gjenopprettelse av den faktiske tilstanden som har blitt endret av den ulovlige bortføringen.

Mottakerstatenes hovedplikt er å returnere barnet umiddelbart, slik at de underliggende spørsmålene kan bli avgjort av rettsmyndighetene i bostedsstaten til barnet, jfr. Haag-konvensjonen art. 1, i tillegg til art. 16 som sier at de juridiske eller administrative myndighetene i mottakerstaten ikke skal treffe beslutning om realiteten vedrørende foreldreansvar, før det er fastslått at vilkårene for tilbakelevering ikke er tilstede eller før det har gått en rimelig tidsperiode uten at søknad om tilbakelevering er mottatt.

¹⁷ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 52

3 Barnebortføringsloven § 12

3.1 Innledning

I Haag-konvensjonen kan ikke statene gå inn og gjøre reservasjoner i henhold til pliktene som følger derav, slik man kan etter Europarådkonvensjonen, men unntaksbestemmelsene i Haag-konvensjonen tilsvarer langt på vei de regler som gjelder hvis man benytter seg av reservasjonsmulighetene etter Europarådkonvensjonen.¹⁸

Barnebortføringsloven § 12 tilsvarer art.12 (1) og (2), 13 (1) (b), 13 (2) og 20 i Haag-konvensjonen. Tilbakelevering kan nektes dersom det foreligger endrede forhold; hvis det har gått minst et år fra den ulovlige bortførelsen/tilbakeholdelsen når en begjæring om tilbakelevering er innsendt, og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø, hvis det foreligger en ”alvorlig risiko” for fysiske eller psykiske skader, eller at barnet ”settes i en stilling som ikke kan godtas” ved en tilbakesending, hvis barnet motsetter seg tilbakelevering eller hvis en tilbakesending ikke er forenelig med de grunnleggende menneskerettighetene og frihetene her i landet. I konvensjonens art. 13 (3) kommer det frem at ved vurderingene rundt art. 13 skal de juridiske og administrative myndighetene ta i betraktning den informasjon om barnets sosiale bakgrunn som er gitt av sentralmyndighetene eller andre kompetente myndigheter i barnets bostedstat.

Under dette temaet vil jeg bare nevne kort Haag-konvensjonen artikkel 17, som sier at selv om en avgjørelse om foreldreansvar er truffet eller er berettiget til anerkjennelse i mottakerstaten, så skal ikke det være grunnlag i seg selv til å nekte tilbakelevering. Men de juridiske eller administrative myndighetene i mottakerstaten kan ta hensyn til dette når de anvender konvensjonen. Det følger av art. 18 at retten har en skjønnsmessig kompetanse til å sende barna tilbake når som helst. Denne kompetansen er av stor betydning ved den

¹⁸ Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) s. 9

videre fremstillingen, som har vært diskutert både av domstolene og i den juridiske litteratur.¹⁹

Under arbeidet med Haag-konvensjonen var det meningsforskjeller mellom statene som ville ha en sterk konvensjon, dvs. en konvensjon som nærmest uten unntak forplikter tilbakelevering av barn som er ulovlig bortførte, og stater som ønsket en svak konvensjon, dvs. en konvensjon som ut fra hensynet til barnets beste stiller opp visse unntak fra plikten til utlevering, for å unngå urimelige resultater. Dermed ble det et kompromiss, og man fikk unntaksbestemmelsene i art. 12 og 13 og 20. De nordiske landene har hele tiden hørt til gruppen av stater som har foretrukket en svak konvensjon.²⁰

I Rt.1997 s.506 uttalte mindretallet at det bare er begrensede unntak fra hovedregelen etter normalordningen som følger av både Haag-konvensjonen og barnebortføringsloven. For at konvensjonen skal nå sitt formål, uttalte mindretallet, at det er av viktighet at de nasjonale domstoler viser villighet til å tilbakeføre barn som er ulovlig bortført også når det går utover den av foreldrene som er borger av domstolslandet, og selv om det er tale om å tilbakeføre barnet til et miljø som er mindre kjent enn det hjemmelige.

3.1.1 Unntakene og konvensjonens effektivitet

En konvensjons eller et annet internasjonalt instruments effektivitet kan bli målt etter hvor mange land som har sluttet seg til den, eller hvor omfattende reservasjonene fra de enkelte statene er. Som vi skal se nedenfor avhenger det også av om unntakene lagt ned i den aktuelle konvensjonen er mange og vage.

I Ot.prp.nr.52 (1987-1988) blir spørsmålet om konvensjonen er et tilstrekkelig effektivt instrument i kampen mot barnebortføring besvart med at det i prinsippet er avhengig av utformingen av konvensjonsteksten. I følge forarbeidene til barnebortføringsloven oppnår man størst mulig effektivitet dersom konvensjonen blir utformet uten unntak eller med

¹⁹ Se kapittel 3.1.2

²⁰ Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) s. 9

begrensede unntak. På den måten undergraver man ikke formålet med konvensjonen. Dette tilvarer i teorien en ”sterk” konvensjon, og vil i praksis ha uheldige konsekvenser, ved at det i mange situasjoner kan gå på tvers av barnets beste.²¹ Det er av stor betydning at det finnes balanse mellom en konvensjon som tar tilstrekkelig hensyn til barnets beste, men som ikke blir uthult av skjønnspregede unntaksregler.

I Pèrez-Vera rapporten forklares unntaksreglene som kommer frem i konvensjonen som et resultat av hensynet til barnets beste;” (...) it has to be admitted that the removal of the child can sometimes be justified by objective reasons which have to do either with its person, or with the environment with which it is most closely connected. Therefore the Convention recognizes the need for certain exceptions to the general obligations assumed by States.”²² Videre sier hun i forhold til unntakene at art. 13 og 20 i konvensjonen ikke kommer i bruk automatisk, slik at barnet blir boende i mottakerstaten ved oppfyllelse av kriteriene i bestemmelsene. Bestemmelsene er slik utformet at de gir dommere en skjønnsmessig kompetanse, de pålegger ikke en plikt til å nekte tilbakelevering i visse situasjoner, jfr. Haag-konvensjonen art. 18.²³

3.1.2 ”Barnets beste”

Preambelet til Haag-konvensjonen sier at barnets beste er av største betydning i spørsmål vedrørende foreldreansvar for barnet, men videre i konvensjonens materielle del kommer ikke denne standarden direkte frem. Pèrez-Vera forklarer dette i sin rapport med at ved påkallelsen av ”barnets beste” som en juridisk standard, så har rettssystemet i mottakerstaten ofte endt opp med å la barnet være i bortførerens varetekt. Dette kan ofte være det mest rettferdige, men det foreligger også risiko for at resultatet kan følge av at domstolen her uttrykker spesielle kulturelle og samfunnsmessige holdninger, og dermed påtvinger sine egne subjektive holdninger på det nasjonale samfunnet barnet ble bortført

²¹ Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s. 10

²² Pérez-Vera (1982) s. 432-433

²³ Pérez-Vera (1982) s. 460

fra. Av denne grunn innholder ikke konvensjonens materielle del noen eksplisitt referanse til ”barnets beste” slik at det fremkommer direkte at det er dette som er konvensjonens grunnleggende formål. Dette betyr likevel ikke at konvensjonen overser totalt det sosiale forbildet som tilsier at barnets beste må bli vurdert i alle saker som angår barnet. Helt fra starten har medlemsstatene gjort det klart at barnets beste skal være av overordnet betydning i saker angående foreldrerett og omsorg, og det var av denne grunn de til å begynne med skrev konvensjonen; nemlig ønsket om å beskytte barn i internasjonale forhold fra de skadelige virkningene som følger av ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse.²⁴ I motsatt tilfelle ville dette ha ført til brudd på FNs barnekonvensjon art. 3 (1), som sier at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Institusjoner som for eksempel domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer skal handle ut fra dette prinsippet når de tar sine avgjørelser.

I litteraturen har ”barnets beste” i internasjonale barnebortførelser blitt diskutert. I familieretten ser man på det individuelle barnets beste, for å finne frem til hva som kan sikre barnets velferd i den enkelte situasjonen. Det har blitt ansett slik at konvensjonen søker å overføre dette prinsippet til internasjonal barnebortføring, slik at man kan tiltale dette problemet generelt. Det er barns kollektive interesser konvensjonen søker å fremme ved å sende tilbake ulovlig bortførte/tilbakeholdte barn. Vel hjemme er det bostedstaten som må se på de individuelle sakene.²⁵ Dette synet kommer frem også i artikkelen til Susan L. Barone (International parental abduction: A global Dilemma with limited relief. Can something be done?)²⁶, hvor hun hevder at unntakene i art. 13 (1) (b) ikke burde tillate bortføreren å argumentere med ”barnets beste”, da det hører under en barnefordelingssak. Et slikt system, som gir lite fleksibilitet, kan skape uheldige situasjoner. Theresa A. Spinillo ser på denne problemstillingen i sin artikkel (The Hague Convention on the civil aspect of international child abduction: An analysis of the grave risk of harm defence)²⁷,

²⁴ Pérez-Vera (1982) s.431

²⁵ Beaumont & McEleavy (1999) s. 29-30

²⁶ Barone (1995)

²⁷ Spinillo (2001)

hvor hun fremhever det faktum at i vurderinger av om det vil være en "alvorlig risiko" for barnet å bli tilbakesendt, eller om det vil sette barnet i "stilling som ikke kan godtas", så kan man ikke unngå å foreta en "barnets beste" vurdering. Likevel har domstolene vært svært strenge i å avstå fra å gjøre undersøkelser som vil bli gjort i forbindelse med barnefordelingssaker, under "barnets beste" vurderinger i saker under Haag-konvensjonen. Men selv om domstolene i saker under Haag-konvensjonen ikke skal gjøre "barnets beste" vurderinger som tilhører det underliggende forhold, så ser Spinillo muligheten for at undersøkelser angående barnets beste kan bli brukt i rettssaker angående ulike rettsforhold. Også hun, som Pèrez-Vera, ser på det faktum at det ikke finnes noen eksplisitt referanse til "barnets beste" i konvensjonsteksten, men at det ikke derav følger at denne vurderingen skal ignoreres. Hennes konklusjon er at når domstolene ikke tar i betraktning barnets beste undergraver de konvensjonens formål. James Alfieri sier seg enig i dette i sin artikkel (Trauma, recovery, and transnational child abduction: posttraumatic stress disorder as psychological harm under The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction)²⁸, hvor han sier at bevis som er relevant i barnefordelingssaker kan være meget relevant i analysen av et art. 13 (1) (b) forsvar. Han gir bortføreren ansvaret for å overbevise retten om at de ikke må ekskludere bevis som for eksempel sakkyndiges vitneutsagn eller vitneutsagn om foreldrenes væremåte, kun fordi det ellers hører under en barnefordelingssak. Alfieri påstår at over tid så har hovedtemaet angående art. 13 (1) (b) skiftet fra behovet for en umiddelbar tilbakesending av barnet til å sikre tryggheten for barnet. Dermed må også det som opprinnelig var relevante bevis også skifte. Melissa S. Willis kan se i sin artikkel (Interpreting the Hague Convention on international child abduction: Why American courts need to reconcile the rights of non-custodial parents, the best interest of abducted children, and the underlying objectives of the Hague convention)²⁹ problemene som kan oppstå ved at man godtar en utvidelse av forsvaret i saker under Haag-konvensjonen, som kan resulterer i høringer med sakkyndige og individuelle "barnets beste" vurderinger, lik det vi finner i barnefordelingssaker. En slik forlengelse av rettssakene vil kollidere med konvensjonens formål om å søke en umiddelbar

²⁸ Alfieri (2003)

²⁹ Willis (2006)

tilbakesending av barnet. Likevel ser også hun nødvendigheten av å foreta en ”barnets beste” vurdering i unntakstilfellene etter art. 13, jfr. § 12, og konkluderer med at et barns trygghet og velferd burde være en prioritet når domstolene foretar drøftelser og vurderinger. I Justisdepartementets rundskriv kommer det frem i denne forbindelse at bruk av sakkyndige medhjelpere, til å foreta en mer fullstendig utredning av barnets og partenes forhold før avgjørelse treffes, bare rent unntaksvis bør komme på tale. Departementet antok at sakkyndige under enhver omstendighet bør oppnevnes i de tilfeller som er omhandlet i barnebortføringsloven §§ 7 og 12 (b).³⁰

Når ”barnets beste” blir tatt i bruk internasjonalt, risikerer man at det vage og ubestemmelige ved begrepet fører til resultater som kan virke rettferdig i et medlemsland og det motsatte i et annet. Ved bruk av begrepet tar domstolene i bruk de kriterier som de gjenkjenner som gjeldende og gyldige i sitt samfunn og kultur, og ilegger sine egne subjektive verdier og meninger i vurderingene. Domstolene må ikke bli en arena for kritikk av andre staters kultur og tradisjoner, for det kan føre til politisering av barnebortføringssaker og at barnets beste blir glemt. Det er vanskelig for stater å bli enige om internasjonale standarder, når det globalt er så mange ulike kulturer, religioner, livssyn, tradisjoner og samfunnsstrukturer.

Både Ot.prp.nr. 52 og Overall Conclusions of The Special Commission fra 1989 konkluderte dog med at konvensjonen tilfredsstiller de krav man med rimelighet kan stille til at hensynet til barnets beste blir tatt i betraktning, og at den lever opp til de krav den i utgangspunktet var designet for.³¹

³⁰ G-136/91 s. 56

³¹ The Permanent Bureau (1989) artikkel 16 og Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s. 10

3.2 Barnebortføringsloven § 12 (1) (a)

3.2.1 Innledning

Dette unntaket hjemler nektelse av tilbakelevering av barnet, dersom begjæring blir sendt når det har gått minst ett år fra bortføringen/tilbakeholdelsen fant sted, og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Etter Haag-konvensjonen art. 12 (1) kommer konvensjonens formål, barnets umiddelbare tilbakesending og gjenoppretting av status quo, klarere frem enn etter § 12 (1) (a). Domstolene har plikt til å sende barnet tilbake dersom det har gått mindre enn ett år; ” (...) skal vedkommende myndighet påby at barnet leveres straks.” Og etter (2) skal domstolene fortsatt påby tilbakelevering selv om det har gått mer enn ett år, med mindre det er godtgjort at barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Ettårs regelen i Haag-konvensjonen kan virke tilfeldig, men var en kompromissløsning som ga det beste alternativet i valget mellom diverse lite tjenlige løsninger til problemene som oppsto i forbindelse med vurderingen av barnets integrasjon i det nye miljøet og barnets beste. I Pérez-Vera rapporten blir det fastslått at det er i barnets beste å bli tilbakesendt til bostedsstaten og at det dermed er åpenbart at når barnet har funnet seg til rette i det nye miljøet, kan en tilbakesendelse kun skje etter en vurdering av det foreldreansvaret som blir utøvd.³² Men da kommer vi tilbake til diskusjonen om hvor langt domstolene kan gå i ”barnets beste” vurderingen i saker under Haag-konvensjonen, se kapittel 3.1.2.

Beaumont & McEleavy nevner i sin bok to ting angående art. 12 (2); for det første foreligger det ingen referanse til hvem som har bevisbyrden, slik det blir gjort i art. 13 (1). I praksis følger likevel domstolene Pérez-Vera rapporten som pålegger bevisbyrden den person som motsetter seg tilbakelevering; ” (...) it would seem logical to regard such a task as falling upon the abductor or upon the person who opposes the return of the child.”³³ For det andre finnes det ingen skjønnsmessig kompetanse nedsatt i bestemmelsen for domstolene å tilbakesende barnet selv om det har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Her

³² Pérez-Vera (1982) s.458

³³ Pérez-Vera (1982) s.459

har domstolene, bl.a. i England³⁴ og Skottland, slått fast at slik kompetanse følger av art. 18.³⁵ I rapporten til Pérez-Vera blir art.18 forklart som en mulighet for ikke fullt så konsekvensfylte løsninger, som ellers ville ha fulgt av den tidsfristen som er lagt ned. Uten denne skjønnsmessige kompetansen som tilkommer retten, ville muligheten til å begjære tilbakesendelse av barnet etter utgangen av ettårs fristen, hvis barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø, ikke være til stede. Dermed fastslår man igjen konvensjonens formål, som er å gjenopprette status quo for barnet.³⁶

Jeg vil legge opp dette kapittelet litt annerledes, enn de påfølgende kapitlene, da jeg fant svært lite norsk praksis generelt om denne bestemmelsen.

3.2.2 Tidsfristen

Det er da som beskrevet, en tidsfrist i § 12 (1) (a), jfr. art. 12 (1) og (2) på et år. I forarbeidene og rundskrivet kommer det frem at tiden regnes fra den dagen den ulovlige bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted, til den dag da begjæring om tilbakelevering ble framsatt.³⁷ I saker hvor det er snakk om tilbakeholdelse bør tiden regnes fra den dag barnet skulle leveres tilbake til den som har foreldreansvaret. De samme vilkårene for ettårs fristen kommer frem i rapporten til Pérez-Vera.³⁸

En rapport i regi av The Special Commission under Haag-konferansen, utarbeidet av The Permanent Bureau i 1989, ser på praksisen under Haag-konvensjonen. Den ble utarbeidet på grunnlag av et spørsmålsskjema besvart av alle medlemslandene. Angående art. 12 (2), jfr. § 12 (1) (a), ble det spurt om det hadde forekommet saker hvor det hadde gått mer enn ett år etter den ulovlige bortføringen/tilbakeholdelsen før saksbehandlingen startet. Og hvis dette var tilfelle, hva ble resultatet av avgjørelsen. I svarene kom det blant annet frem at

³⁴ Se Cannon-saken som blir beskrevet i kapittel 3.2.2

³⁵ Beaumont & McEleavy (1999) s. 204

³⁶ Pérez-Vera (1982) s. 459

³⁷ Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s. 19-20 og Rundskriv G-136/91 s. 33

³⁸ Pérez-Vera (1982) s. 458-459

noen av ekspertene mente det oppsto konflikter om når tiden skulle begynne å løpe og når den skulle stoppe. Ekspertene tok frem et eksempel hvor et barn ble bortført av en av sine foreldre og etter 6 måneder tatt med til et annet land. Skal man da regne tiden fra da selve bortførelsen fant sted, eller når barnet blir brakt over landegrensen? Ekspertene var uenige på dette punktet. Hvis begjæring om tilbakesendelse av barnet er blitt sendt inn innen et år, men rettssaken ikke starter før ett år etter bortførelsen (for eksempel fordi barnet ikke kan bli funnet), har det da gått mer enn et år? Her kunne ekspertene heller ikke bli enig.³⁹ Dette blir delvis besvart i Cannon-saken⁴⁰, hvor en 10 år gammel jente ble tilbakeholdt i Irland etter en ferie med sin mor. Faren begjærte tilbakesendelse til USA av sin datter under Haag-konvensjonen, og det kom til en avtale mellom foreldrene i 1999. Barnet ble tilbakesendt men moren tok barnet med seg igjen kort tid etter. Oktober 2003 ble barnet oppsporet i Liverpool, England, og plassert i offentlig omsorg mens saken om tilbakesendelse verserte. Førsteinstansen i England bestemte i mai 2004 at barnet hadde funnet seg til rette i sitt nye miljø, og dermed ikke kunne sendes tilbake til USA. Faren anket rettens tolkning av art. 12 (2), og fikk medhold. Dermed ble saken sendt tilbake til førsteinstansen, som skulle se om barnet hadde funnet seg til rette, og hvis så, om retten skulle bruke sin skjønnsmessige kompetanse til å sende barnet tilbake likevel. Etter en vurdering nektet retten tilbaksendelse. Anketomstolen uttalte i forbindelse med tidsaspektet at man ikke automatisk kunne nekte å ta hensyn til den tid som har gått hvor barnet har vært skjult, og dermed trekke det fra den totale tiden som har gått for å se om det har gått et år. Det ville være å stadfeste en altfor streng regel og risikere å undergrave konvensjonens formål og hindre en realistisk heldig løsning. Det ble uttalt at dommere heller skulle se kritisk på situasjoner hvor omstendighetene rundt en bosetting med barn er preget av bedrag og gjemsel, særlig hvis den tiltalte flykter fra politiet.

I artikkelen av Barone⁴¹ kommer et annet perspektiv på beregningen av tidsforløpet frem. Barone uttaler her, at begrunnelsene for eventuelle forsinkelser med å sette i gang

³⁹ The Permanent Bureau (1989) artikkel 24-25

⁴⁰ INCADAT, HC/E/UK 598, 2004

⁴¹ Barone (1995)

saksbehandling under konvensjonen, vil være faktorer som vil veie tungt i rettens vurdering. Dette vil eksempelvis gjelde når bortføreren gjemmer barnet slik at det ikke skal bli funnet i løpet av ettårs perioden frem til rettssaken. Hvis slikt forekommer, må bortføreren være utelukket fra å kunne påberope seg unntaket i § 12 (1) (a) jfr. art. 12 (2), siden han eller hun ikke må ”tjene” på sine ulovlige/klandreverdige handlinger. Dette skiller seg fra hva som kom frem i Cannon-saken, hvor ankedomstolen hevdet at når bortføreren gjemmer barnet, så kan man ikke ha en fast regel som tilsier at tidsforløpet ikke skal tas i betraktning. At omstendighetene rundt en forsinkelse av å starte saksbehandlingen er noe som retten må ta med i sin vurdering og som vil veie tungt, er noe som kom frem både i artikkelen og Cannon-saken.

3.2.3 Funnet seg til rette i sitt nye miljø

Det andre vilkåret i denne regelen er som nevnt, at barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Det er i denne drøftelsen det kommer frem hvor mye det har å si at de juridiske eller administrative myndighetene i mottakerstaten behandler en begjæring så raskt som mulig. Til lenger tid som går, til mer blir § 12 (1) (a), jfr. art. 12 (2), aktuell. Og til lenger tid som går, til mer rette finner barnet seg i det nye miljøet, og til vanskeligere blir det for den gjenværende forelder å få tilbakelevert barnet. I den ovennevnte Cannon-saken uttalte ankedomstolen at førsteinstansen hadde gjort feil i å finne at det ikke foreligger noe skjønnsmessig kompetanse hos dommere til å begjære tilbakelevering selv om det har blitt etablert at barnet har funnet seg til rette.⁴² Slik skjønnsmessig kompetanse følger av art. 18 i konvensjonen.

I rapporten fra The Special Commission angående art.12 (2), ble det gjort klart at de fleste eksperter hadde tolket denne bestemmelsen på en slik måte at det foreligger en plikt til tilbakesendelse hvis rettssaken har startet innen ett år fra bortførelsen fant sted. Har det derimot gått mer enn et år, så må retten vurdere om barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø, og om det vil lide mer skade av å bli tilbakesendt enn å få bli i sitt nye miljø. Hvis

⁴² INCADAT, HC/E/UKe 598, 2004

barnet vil lide psykisk eller fysisk skade av å bli i sitt nye miljø, burde det bli tilbakesendt selv om det har gått mer enn ett år.⁴³

I rettssaker under Haag-konvensjonen blir ikke artikkel 12 (2) kommentert i utstrakt grad, men noe blir uttalt i forbindelse med unntaket. En 7 ½ år gammel jente ble tatt fra sitt hjem i USA og bortført til Frankrike av moren (CA Paris)⁴⁴. Ankeinstansen i Frankrike uttalte i forbindelse med art. 12 (2), at i vurderingen ble det lagt vekt på at barnet hadde startet sitt tredje skoleår i Frankrike, hun gjorde det bra på skolen, og at hun i samtaler med skolepsykolog ytret ønske om å få bli i Frankrike. I en annen sak (Soucie v. Soucie)⁴⁵, vurderte ankeinstansen i Skottland art. 12 (2) og 13 (1) (a), og uttalte at for å ta i bruk art. 12 (2), måtte barnets interesse av å ikke bli tatt vekk fra et tilvant miljø overvinne konvensjonens formål, som er å sende barnet tilbake til sin bostedsstat, slik at de riktige myndigheter kan avgjøre barnets fremtid.

Som nevnt ovenfor er ikke kriteriet ”funnet seg til rette i sitt nye miljø” presisert noe særlig i rettspraksis, for- og etterarbeider eller litteratur.⁴⁶ I Cannon-saken ble det i kommentarene til dommen slått fast at en uniform praksis angående dette kriteriet i art. 12 (2) i konvensjonen ikke har kommet til syne.⁴⁷ Dette gjaldt spesielt i forhold til om kriteriet skal tolkes bokstavelig: ”the child is now settled in its new environment” (barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø), eller i samsvar med de mål som er lagt ned i

⁴³ The Permanent Bureau (1989) artikkel 24-25

⁴⁴ INCADAT, HC/E/FR 814, 2005. Foreldrene hadde felles foreldreansvar. Datteren ble tatt fra sitt hjem i USA 7 år gammel, til Frankrike. Førsteinstans beordret tilbakesendelse, men moren anket. Anken førte frem og tilbakesendelse ble nektet.

⁴⁵ INCADAT, HC/E/UKs 107, 1994. Moren holdt tilbake barnet etter en ferie i Skottland og informerte faren om at hun ikke ville returnere til Canada med barnet. Faren sendte begjæring om tilbakesendelse under Haag-konvensjonen, og førsteinstansen i Skottland godtok den. Moren anket, men ble ikke hørt. Tilbakesendelse ble beordret.

⁴⁶ Se Beaumont & McEleavy (1999) s. 206

⁴⁷ INCADAT, HC/E/UKe 598, 2004

konvensjonen.⁴⁸ De statene som favoriserer den siste måten å se det på, vil dermed gjøre bevisbyrden for bortføreren større og det vil i tillegg være vanskelig å fastslå unntaket i hvert enkelt tilfelle. England er en av de statene som pålegger en stor bevisbyrde for den som motsetter seg tilbakesendelse. I en sak fra 1991 (Re N (Minors) (Abduction))⁴⁹, uttalte førsteinstansen i England at "settlement" er mer enn bare omstilling til miljøet. Det involverer også et fysisk element av det å forholde seg til og etablere seg i et samfunn og omgivelsene rundt, pluss en følelsesmessig side som angir sikkerhet og stabilitet. Bruken av uttrykket "nytt miljø" er avgjørende og må inneholde plassen, hjemmet, skolen, venner, aktiviteter og muligheter. I tillegg favoriserer USA og Skottland⁵⁰ en tolkning som er i samsvar med målene i konvensjonen. En bokstavelig tolkning favoriseres blant annet av Australia, hvor det i en sak fra 1998 (Director-General, Department of Community services v. M and C. and the child representative)⁵¹, ble uttalt av ankedomstolen at ordet "settled" i art. 12 (2) skal bli gitt sin vanlige mening. I denne saken hadde førsteinstansen funnet at barna hadde gjennomgått en omfattende omstilling til miljøet sitt i Australia. De hadde bodd der i nesten tre år, hadde kommet i gang på skolen, begynte å få kontroll på det engelske språket og hadde slått seg til ro i hjemmet til bestemoren, som ble betegnet som kjærlig. Barna trengte fortsatt terapi, men det behøvde likevel ikke å bety at de ikke hadde slått seg til ro i sitt nye miljø. Ankedomstolen sa her at en person kan slå seg til ro i et miljø og fortsatt oppleve problemer. Videre ble det slått fast at "settlement" skal bli vurdert på det tidspunktet begjæring blir sendt eller i forbindelse med rettssaken. Den australske retten

⁴⁸ Se preambelet til Haag-konvensjonen, og art. 1 (a) og (b)

⁴⁹ INCADAT, HC/E/UK 106, 1991. Moren tok med seg barna, 3 ½ og 2 år gamle, til England fra USA. Førsteinstans i England vedtok tilbaksendelse med tilbud om tiltak da de fant at verken art. 12 (2) eller 13 (1) (b) kunne anvendes i denne saken.

⁵⁰ Se her INCADAT, HC/E/US 134, 1996. Barnet var her 7 år gammelt da det ble tatt med til USA av moren og ikke returnert til bostedsstaten sin, Mexico. Førsteinstans i USA beordret tilbakesendelse. Moren klarte ikke å bevise at barnet hadde funnet seg til rette i sitt nye miljø.

⁵¹ INCADAT, HC/E/AU 291, 1998. Barna var 9 og 7 år gamle da de ble holdt igjen i Australia av deres bestemor, som nektet å etterkomme morens begjæring om tilbaksendelse av barna til Polen. Det var påstått at faren hadde seksuelt misbrukt barna. Førsteinstans nektet å sende barna tilbake da de fant at de hadde funnet seg til rette i Australia. De sentrale myndighetene i Polen anket, men den ble forkastet.

sa seg her uenig med de engelske myndigheter som har foreslått at retten må se på fremtiden for å bestemme om barnet har funnet seg til rette, og vurdere deres langsiktige stilling i det nye miljøet.

I Østerrike har retten sett på kriteriet fra barnets perspektiv, særlig i saker som angår små barn. Den øverste rettsinstansen i Østerrike sa i en sak fra 1990 (7Ob573/90 Oberster Gerichtshof)⁵², at for en 2 ½ år gammel jente var 18 måneder en betydelig del av selve barndommen hennes. Moren hadde lyktes i å vise at barnet nå hadde funnet seg til rette i det nye miljøet, og farens begjæring om tilbakesendelse ble forkastet. Førsteinstansen i Australia så også på alderen til barnet i en sak fra 2000 (Secretary, Attorney-General's Department v. Ts)⁵³, hvor gutten var 3 måneder på bortføringstidspunktet og 22 måneder når rettssaken startet. Dommeren sa at han kunne akseptere at i saker med yngre barn, må man kreve mer av miljøet rundt dem, enn man gjør i saker med eldre barn, selv om hjemmemiljøet er det viktigste for yngre barn. Dommeren avviste samtidig et argument som kom fra de amerikanske myndigheter, hvor det ble foreslått at veldig unge barn ikke kan bli behandlet som om det har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Den australske dommeren mente at det ville bety et tillegg i bestemmelsen, som ikke ble støttet opp av annet enn en presumsjon om at veldig unge barn er uegnet til å slå seg til ro i et nye elementer, eller en antagelse om at miljøet rundt små barn er så begrenset at flytting med en av hovedforsørgerne er alt som trengs for å bevare deres tilvante miljø.

⁵² INCADAT, HC/E/AT 378, 1990. Datteren på 15 måneder ble bortført av sin mor til Spania fra Østerrike, og var 2 ½ år når rettssaken startet. Førsteinstans nektet tilbaksendelse på bakgrunn av art. 12 (2) og 13 (1) (b). Andreinstans stadfestet kjennelsen, men faren anket. Det endte med nektelse av tilbaksendelse.

⁵³ INCADAT, HC/E/AU 823, 2000. Barnet ble tatt med til Australia av sin mor, fra New Zealand. Tilbakesendelse ble her nektet som følge av at den australske dommeren fant at barnet hadde funnet seg til rette i Australia.

3.3 Barnebortføringsloven § 12 (1) (b)

3.3.1 Innledning

Denne bestemmelsen tilsvarer Haag-konvensjonen art. 13 (1) (b). De administrative eller juridiske myndighetene i mottakerstaten kan nekte å tilbakelevere barnet dersom det blir påvist at det foreligger ”grave risk” (alvorlig risiko) for at tilbakelevering vil påføre barnet ”fysisk eller psykisk skade”, eller på annen måte sette barnet i en ”intolerable situation” (stilling som ikke kan godtas).

I konvensjonen er denne bestemmelsen annerledes utformet enn i barnebortføringsloven. I bestemmelsens 1.ledd sies det: ” Uansett bestemmelsene i foregående artikkel plikter ikke den juridiske eller administrative myndighet i mottakerstaten å påby tilbakelevering av barnet dersom *den person, institusjon eller instans som motsetter seg tilbakelevering, kan påvise at* (min uth.)(...)”. Her kommer det klarere frem, enn i § 12 (1) (b), hvem som har bevisbyrden i slike saker. I Pèrez-Vera rapporten blir det også gjort klart at bevisbyrden etter art. 13 (1) (b) ligger på den som motsetter seg tilbakelevering av barnet. Dette kan være en fysisk person, en institusjon eller en organisasjon, og det behøver ikke å være bortføreren.⁵⁴

Kriteriene ”alvorlig risiko” for ”fysisk eller psykisk skade” og ” sette barnet i en stilling som ikke kan godtas”, jfr. art. 13 (1) (b) og § 12 (1) (b), er et resultat av et kompromiss som ble oppnådd under forhandlingene i The Special Commission, og har siden stått uforandret.⁵⁵ I konvensjonen har man, ifølge Pèrez-Vera, underordnet barnets interesse i å ikke bli tatt vekk fra vante, hjemlige omgivelser uten tilstrekkelige garantier om stabilitet i det nye miljøet, under barnets beste.⁵⁶ Grunnen til dette er at en av konvensjonens formål er jo nettopp å sikre barnet en umiddelbar tilbakesendelse til sin bostedsstat. Ideen om

⁵⁴ Pèrez-Vera (1982) s.460

⁵⁵ Pèrez-Vera (1982) s. 461

⁵⁶ Pèrez-Vera (1982) s. 432

”barnets beste” baner da veien for den primære interessen som ligger i å ikke bli eksponert for ”psykisk eller fysisk” fare, eller å bli plassert ”i en situasjon som ikke kan godtas”.⁵⁷

3.3.2 Norsk praksis

Unntaksregelen skal, ifølge rundskrivet, tolkes strengt, og det blir vist til Pèrez-Vera rapporten. Det eneste som rundskrivet formidler utover strenghetskravet, er at det antakelig ikke er nødvendig at det må foreligge en umiddelbar risiko for skade, for at unntaksbestemmelsen skal kunne anvendes.⁵⁸ Videre blir det sagt i forarbeidene til barnebortføringsloven at slik risiko blir ansett for å foreligge etter en vurdering av objektive forhold.⁵⁹

Hvis vi går til høyesterettspraksis får vi, om ikke omfattende, en liten ide om hvordan § 12 (1) (b) blir tolket av Høyesterett. I Rt.1993 s.881 uttalte Høyesteretts Kjæremålsutvalg om barnebortføringsloven § 12 (1) (b);” Utvalget antar på bakgrunn av konvensjonen at barnebortføringsloven § 12 (1) (b) annet alternativ må forstås slik at tilbakeføring ikke kan nektes ut fra en alminnelig vurdering av hva som vil være det beste for barnet. Det må kreves at en tilbakeføring vil være klart uheldig for barnet, og at det foreligger en relativt klar sannsynlighetsovervekt for dette. Dette synes også å være i samsvar med retningslinjene i Justisdepartementets rundskriv (...)”.⁶⁰ I senere dommer angående tilbakelevering etter barnebortføringsloven, blir det vist til denne uttalelsen.⁶¹

⁵⁷ Pèrez-Vera (1982) s. 433

⁵⁸ Rundskriv G-136/91 s. 33-34

⁵⁹ Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) s. 20

⁶⁰ Foreldrene hadde felles foreldreansvar og var bosatt i Frankrike. Moren tok med seg barna til Norge og har siden oppholdt her. Førsteinstans tok ikke farens begjæring om tilbakesendelse under Haag-konvensjonen til følge og han anket. Andreinstans stadfestet førsteinstans kjennelse. Farens anke ble forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg, og barna ble boende i Norge.

⁶¹ Se Rt. 2002 s.715

Rt. 1997 s. 1879 gjelder en mor som ikke returnerte til USA med datteren etter et opphold i Norge. Mor og datter hadde oppholdt seg i Norge over en periode som faren og moren seg imellom hadde avtalt, men moren tok på et senere tidspunkt med seg datteren tilbake til Norge uten at faren var gjort kjent med det. I Norge bosatte moren seg med datteren hos sine foreldre. Faren fremsatte krav om tilbakesendelse, men førsteinstans tok ikke kravet til følge. Lagmannsretten derimot bestemte at barnet skulle sendes tilbake til faren i USA. Moren anket, men kjæremålet ble forkastet. Høyesteretts kjæremålsutvalg viste til lagmannsrettens lovanvendelse i forhold til barnebortføringsloven § 12 (1) (b), hvor de henviste til Rt. 1993 s. 881, og ga en kort kommentar til denne dommen. Her ble det vist til at Rt. 1993 s. 881 gjaldt annet alternativ i § 12 (1) (b) om at tilbakelevering kan nektes dersom det er ”alvorlig risiko” for at den på annen måte vil ”sette barnet i en stilling som ikke kan godtas”. I følge utvalget følger det av ordlyden i § 12 (1) (b) første alternativ at det heller ikke i forhold til denne bestemmelsen vil være tale om en alminnelig vurdering av hva som er til beste for barnet, og at det bør kreves en klar sannsynlighetsovervekt dersom tilbakeføring skal nektes på grunnlag av ”alvorlig risiko” for ”fysiske eller psykiske skader”.

3.3.3 Internasjonal praksis og litteratur

I forhold til art. 13 (1) (b) kommer det frem i rapporten fra The Special Commission at majoriteten av internasjonal kjent rettspraksis i 1989, involverte påberopelsen av art. 13 (1) (b) som forsvar. Likevel fant domstolene i de fleste sakene at dette forsvaret var egentlig en vurdering av barnets beste, som hørte til domstolene i bostedsstaten til barnet.⁶² Graden av ”grave risk”⁶³ og meningen av kriteriet; ”intolerable situation” ble tatt opp i forbindelse med dette, og det kom frem at domstolene generelt anvendte kriteriet ”grave risk” strengt og det ble foreslått at kriteriet ”intolerable” indikerte at man krevde en høy grad av risiko.

⁶² Se drøftelsen i INCADAT, HC/E/USf 82,1996. Denne saken kommer jeg tilbake til senere.

⁶³ Se her Davis (1993) s.25 hvor borgerkrig i bostedsstaten til barnet blir brukt som eksempel på ”alvorlig risiko”.

Eksempler på ”intolerable”⁶⁴ som ble gitt, inkluderte en situasjon hvor en mor som har bortført barnet risikerer å komme i fengsel etter strafferettssak i bostedsstaten til barnet.⁶⁵ Et annet eksempel gitt av Barone, var hvor risikoen for omskjæring var tilstede ved en tilbaksendelse av et jentebarn.⁶⁶

I internasjonal rettspraksis under Haag-konvensjonen blir innholdet i kriteriene fastlagt til en viss grad. Ankedomstolen i England uttalte i en sak fra 1999, (Re C. (Abduction: Grave risk of Psychological harm))⁶⁷, at en domstol skal kreve klare og overbevisende bevis for at det foreligger ”grave risk of harm” eller ”other intolerability”. Disse bevisene må bli ansett som betydelige, ikke trivielle, og av en alvorsgrad som er høyere enn det som ligger i den uunngåelige avbrytelsen, usikkerheten og angsten som følger av en tilbakesendelse til de juridiske myndigheter i bostedsstaten. Retten sa videre at det blir for lett å konkludere med at den uunngåelige bekymringen, usikkerheten og angsten som barna føler hvis de blir hjemsendt, skal resultere i store psykiske skader.

I Danaipour vs. McLarey⁶⁸ gikk domstolen inn på forholdet mellom ”alvorlig risiko” kriteriet og seksuelt misbruk; ankedomstolen i USA uttalte her at art.13 (1) (b) skal bli tolket strengt av domstolene under Haag-konvensjonen. Men på samme tid konkluderte

⁶⁴ I Beaumont (1999) s. 136, kommer det frem som eksempel situasjoner hvor mor rømmer fra vold i hjemmet, eller hvor barnet vil måtte reise over lange distanser.

⁶⁵ Overall conclusions of The Special Commission of October 1989. Artikkel 28 og Moskowitz (2003)

⁶⁶ Barone (1995)

⁶⁷ INCADAT, HC/E/UK 269, 1999. Barna var 9 og 7 ½ år gamle på bortføringstidspunktet. Moren kom ikke tilbake til USA med barna etter en ferie i England. Førsteinstansen i England forkastet begjæringen fra faren om tilbakesendelse da de mente at art. 13 var oppfylt. Faren anket, og den ble godtatt. Tilbakesendelse ble beordret.

⁶⁸ INCADAT, HC/E/UK 459, 2002. Moren tok med seg døtrene, på 7 og 3 år, til USA fra Sverige. Hun kom med påstander om seksuelt misbruk av barna fra farens side. Førsteinstansen i USA vedtok tilbakesendelse av barna, men moren anket. Anken ble godtatt og saken sendt tilbake til førsteinstansen, hvor retten måtte vurdere om det forelå seksuelt misbruk og da følgelig om det ville foreligge en ”alvorlig risiko” for barna å bli tilbakesendt. De kom frem til at det forelå ”alvorlig risiko” og tilbakesendelse ble nektet.

retten med at førsteinstans hadde helt mot en altfor streng praksis i forhold til handlinger som kan kategoriseres som seksuelt misbruk, likeså forholdet mellom seksuelt misbruk og ”alvorlig risiko” kriteriet. Ankedomstolen noterte seg at praksisen under Haag-konvensjonen til både de amerikanske myndighetene og staten Massachusetts vektlegger beskyttelse av et barn der hvor det foreligger betydelige bevis på seksuelt misbruk, særlig når barnet er veldig ungt og det involverer påstander om misbruk av en av foreldrene. Her ble det referert til et rundskriv angående praksisen under Haag-konvensjonen i USA hvor seksuelt misbruk av en av foreldrene er satt som et eksempel på et gyldig argument under art. 13 (1) (b), som kan rettferdiggjøre nektelse av tilbakesending. Et utdrag fra dette rundskrivet er gjengitt i dommen; “An example of an "intolerable situation" is one in which a custodial parent sexually abuses the child. If the other parent removes or retains the child to safeguard it against further victimization, and the abusive parent then petitions for the child's return under the Convention, the court may deny the petition. Such action would protect the child from being returned to an "intolerable situation" and subjected to a grave risk of psychological harm.”

Som tidligere beskrevet ble det av The Special Commission nevnt at situasjoner hvor den av foreldrene som står for bortførelsen risikerer straffesansjoner ved retur til barnets bostedsstat, kan være et eksempel på en ”intolerable situation”. I en sak fra 1998, (Re L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings))⁶⁹, ble det argumentert med at siden moren hadde hatt omsorgen alene for barnet i over 2 år, som på bortføringstidspunktet var 9 måneder, ville ikke barnet kjenne igjen faren ved en tilbakesendelse, og dette ville dermed føre til en ”alvorlig risiko” for barnet. Situasjonen var nemlig slik at faren hadde fått foreldreansvaret alene, gjennom en avgjørelse av The Circuit Court i Palm Beach, etter at moren var blitt straffesiktet for internasjonal barnebortføring, og moren ville bli arrestert

⁶⁹ INCADAT, HC/E/UK 358, 1998. Tvillinger, 9 måneder, tatt fra USA til Danmark. Førsteinstansen i Danmark forkastet farens begjæring om tilbakesendelse på grunnlag av at faren hadde samtykket til flyttingen og ”alvorlig risiko” kriteriet i art. 13 (1) (b). Faren anket og den ble godtatt. Barna ble beordret sendt tilbake, men da forsvant moren igjen med barna til England. Sak angående tilbakesendelse av barna ble startet i England hvor førsteinstansen vedtok å sende barna hjem til USA.

ved hjemkomst. Dommeren avsto begge argumentene og sa at både de sivile og de strafferettslige myndighetene i Florida uten tvil ville ta hensyn til barnets beste i vurderingen av hva som skulle skje etter morens og barnas hjemkomst. Videre sa dommeren at hvis hver forelder kunne utvise en viss grad av samarbeidsvillighet og selvkontroll, og politiet i tillegg kunne operere på en ømfintlig måte, så behøvde ikke barna å bli skadelidende av tilbakesendelsen på kort sikt. Han konkluderte med å si at arrestasjonen av moren og de usikre resultatene av den strafferettslige rettssaken ikke på langt nær kunne etablere et unntak basert på ”alvorlig risiko” kriteriet i art. 13 (1) (b).

Noe av det samme kom frem i en sak fra 1999, (Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration))⁷⁰. Førsteinstansen i England uttalte i denne saken at det eksisterende engelske lovverket stadfester at en arrestasjon av den av foreldrene som står for bortføringen av barnet, ikke i seg selv er nok til å bruke unntaksbestemmelsen i art.13 (1) (b). Men i denne saken måtte domstolen innrømme at det lå spesielle forhold til grunn. Moren hadde brutt vilkårene for betinget fengsel og sto over for en lang fengselsstraff ved tilbakekomst. Videre kunne hun ikke innlede sak angående barnefordeling i California for å bestemme om barna kunne bli lovlig flyttet til England. Det ville dermed ikke være i barnas interesse at de ble gjenstand for potensiell alvorlig og forstyrrende angst og usikkerhet ved at deres mor kunne bli arrestert ved hjemkomst.

Domstolene ser i helhetsvurderingen, på den eksisterende og forventede stabilitet i barnas situasjon. I en nyere sak fra 2006, (R D (Children))⁷¹, uttalte førsteinstansen i England at det som var essensen i denne saken, var den psykiske påkjenningen barna ville bli utsatt for om de ble sendt tilbake. I denne saken var det bevist at moren hadde vært offer for overlagt og målrettet skyting, og at faren også hadde vært offer for angrep. Ekspertvitner i saken

⁷⁰ INCADAT, HC/E/UK 266, 1999. Moren tok med seg barna, som var 1 og 7 år gamle på tidspunktet for bortføringen. Besteforeldrene sendte begjæring om tilbaksendelse. Her var resultatet en avtale om frivillig retur med tiltak i regi av bostedsstaten til barnet.

⁷¹ INCADAT, HC/E/UK 818, 2006. Barna, 7 og 5 år gamle, bortført av mor fra Venezuela til USA. Barna ble sendt tilbake, men i 2005 tilbakeholdt moren barna etter en ferie i England. Førsteinstansen i England nektet tilbaksendelse på grunnlag av art. 13 (1) (b). Faren anket, men den ble forkastet.

gjorde det klart at det var viktig at barna ble hos moren, hvor de hadde stabilitet, som igjen kunne resultere i følelsesmessig stabilitet. Ankesdomstolen gikk lenger enn førsteinstansen og sa at den fysiske risikoen alene var nok til å bruke unntaket i art.13 (1) (b). Men de konstaterte samtidig at dette var en spesiell sak, og dette kan bli sett i sammenheng med at det i en kommentar til dommen, kommer frem at engelske domstoler vanligvis tolker unntaksbestemmelsen strengt.

Til skal vi se på Friedrich-saken⁷² hvor retten sa at art. 13 (1) (b) ikke er en bestemmelse som gir retten adgang til å spekulere i hvor barnet vil være mest lykkelig. Her sa retten at ”alvorlig risiko” eksisterer kun når tilbaksendelse setter barnet i umiddelbar fare i forkant av avgjørelsen om foreldreansvar, samvær og omsorg, eller ved å sende et barn tilbake til en krigssone eller sultområde. Til slutt ble det i dommen nevnt saker der det er snakk om alvorlige overgrep på barnet, forsømmelse eller ekstraordinær følelsesmessig avhengighet, og retten i bostedsstaten ikke har mulighet eller vilje til å gi barnet tilstrekkelig beskyttelse.

Hutchinson m.fl. betegner art. 13 (1) (b) som ”child-centred”, og det hevdes at kriteriene i bestemmelsen blir tolket bokstavelig i de fleste land. Terskelen for bruk av forsvaret etter art. 13 (1) (b) ligger, ifølge forfatterne, høyt sammenlignet med det som ellers ville påvirket retten når det gjelder vurderinger av barnets trivsel i vanlige barnerettssaker i privatretten.⁷³

Når det gjelder å finne innholdet av ”grave risk” kriteriet, har Beaumont og McEleavy, etter en gjennomgåelse av rettspraksis, kommet frem til at dommere bruker andre uttrykk til hjelp; ”more than an ordinary risk”, ”substantial and not trivial”, ”serious”, og

⁷² INCADAT, HC/E/USf 82, 1996. En 2 år gammel gutt, født og oppvokst i Tyskland ble bortført av sin mor til USA i 1991. Faren sendte inn begjæring om tilbaksendelse, men Førsteinstansen i USA forkastet den. Ankesdomstolen gjorde om på dommen fra førsteinstans og sendte den tilbake, slik at de kunne avgjøre om faren hadde del i foreldreansvaret på bortføringstidspunktet. Det ble bekreftet og de fant at ingen av unntaket kunne bli påberopt. Moren anket, men den ble forkastet og tilbakesendelse ble beordret.

⁷³ Hutchinson (1998) s. 5

”weighty”.⁷⁴ Definisjonen av kriteriet har ifølge forfatterne ikke skapt de store problemene i praksis, men det blir påpekt at man må være forsiktig med å ikke utvanne uttrykket ved å tillegge det urelevante sammenligninger.

3.3.4 Posttraumatisk stress syndrom hos barn

Vold, misbruk eller angrep behøver ikke å skje direkte mot barnet, for at det skal oppleves traumatisk og gi opphav til psykiske skader. I rettspraksis under Haag-konvensjonen kommer dette frem, i tillegg til juridisk litteratur, som fokuserer på posttraumatisk stressyndrom hos barn som opplever vold i hjemmet. I en dom fra 2004, (Re W (A Child))⁷⁵, uttalte en av dommerne i ankesdomstolen at en domstol har en plikt når den jobber med en sak under Haag-konvensjonen, til å anerkjenne forholdet mellom mor og et barn, og avhengigheten dem i mellom, når de har levd i et voldelig hjem over en lang periode. Han tilføyde at selv om den effekt farens voldelige atferd hadde på moren var alvorlig, så hindret ikke fravær av voldelig atferd rettet mot barnet en vellykket påberopelse av art. 13 (1) (b).

I artikkelen av Alfieri, kommer det frem at domstoler har betraktet psykisk angrep/misbruk som like stilt i alvorlighetsgrad til seksuelt misbruk og skal derfor kvalifisere til bruken av ”alvorlig risiko” kriteriet.⁷⁶ Noen domstoler har også hevdet at den traumatiske opplevelsen av å bevitne voldelig atferd foreldrene imellom kan komme opp på ”alvorlig risiko” nivået, mens andre domstoler mener at denne type traume/skade ikke kvalifiserer til ”alvorlig

⁷⁴ Beaumont (1999) s. 141

⁷⁵ INCADAT, HC/E/UK 771, 2004. Saken omhandlet en 9 ½ år gammel Sørafrikansk jente, som ble bortført av sin mor. I 1997 skjøt moren faren og det var påstander om omfattende voldsbruk av faren rettet mot moren. Førsteinstansen i England tok farens begjæring om tilbakesendelse til følge, men moren anket. Anken ble forkastet. Ingen av unntakene kunne bli tatt i bruk, men tilbakesendelsen var gjenstand for mange og omfattende vilkår.

⁷⁶ Alfieri (2003)

risiko”. Alfieri tar for seg bl.a. sakene Blondin vs. Dubois⁷⁷ og Walsh vs. Walsh⁷⁸, som begge er eksempler på denne type ”alvorlig risiko” saker. I Blondin vs. Dubois fastslo førsteinstansen i USA at de bortførte barna ville bli utsatt for ”fysiske og psykiske skader” fra farens side om de ble hjemsendt til bostedstaten sin. Barna hadde opp til flere ganger vært vitne til at faren slo og ydmyket moren, i tillegg til at han direkte angrep det eldste barnet. Ankeinstansen derimot argumenterte for en vurdering av spekteret av hjelpemidler som kunne muliggjøre en tilbakekomst av barna til deres bostedsstat, og beskyttelse fra farlige og skadelige situasjoner mens barnefordelingssaken verserte i Frankrike. Slik praksis har blitt vidt akseptert av de amerikanske domstolene. Både denne praksisen og Blondin saken har blitt kritisert, da det er en stor byrde for bortføreren å kjempe imot slik praksis. Saken ble sendt tilbake til førsteinstansen, som måtte vurdere tiltakene som de juridiske og administrative myndighetene i Frankrike kunne påby for å redusere den alvorlige risikoen som barna var utsatt for. De vurderte økonomisk støtte og andre beskyttende tiltak, men et vitneutsagn av Dr. Albert Solnit resulterte i at domstolen nektet en tilbakesendelse. Han uttalte at å fjerne barna fra deres trygge tilværelse i USA, hvor de begynte å komme seg etter misbruket, ville nesten helst sikkert utløse gjentakelse av den posttraumatiske stress diagnosen de hadde fått i Frankrike. Domstolen fant at denne risikoen umuliggjorde alle forslag til tiltak ment for tilbakesendelse av barna til Frankrike. Diagnosen posttraumatisk stressyndrom, barnas bedre helse i deres nye trygge tilværelse, og den ekstreme faren for at de igjen ville bli eksponert for kilden til traumet, nøytraliserte

⁷⁷ INCADAT, HC/E/USf 216, 1999. Barna var 6 og 2 år gamle da moren tok de med seg til USA fra Frankrike. Foreldrene var ikke gift, og forholdet dem imellom hadde vært preget av voldsbruk fra farens side rettet mot moren. Førsteinstansen i USA forkastet farens begjæring om tilbakesendelse og faren anket. Anken ble tatt til følge og saken ble sendt tilbake til førsteinstans for å vurdere tiltak som både kunne tillate at barnet ble sendt tilbake til deres bostedsstat og sørge for deres trygghet i tiden før sak angående foreldreansvar og daglig omsorg. Det endte likevel med at førsteinstans nektet tilbakesendelse.

⁷⁸ INCADAT, HC/E/USf 326, 2000. Barna var 8 og 3 år gamle da moren tok de med seg til USA fra Irland. Forholdet mellom moren og faren var voldelig og det ble satt inn beskyttende tiltak for moren mot faren. Førsteinstansen i USA fattet vedtak om tilbakesendelse som var gjenstand for vilkår. Moren anket og den ble tatt til følge. Tilbakesendelse ble nektet, da retten fant at art. 13 (1) (b) kunne bli anvendt. I tillegg fant retten at faren mest sannsynlig ikke ville etterleve de vilkår som kunne bli satt på et vedtak om tilbakesendelse.

farens vitneutsagn om beskyttende tiltak. Morens forsvar under art. 13 (1) (b) var suksessfull.

Angående praksisen med å se på beskyttende tiltak/vilkår i bostedsstaten se INCADAT: HC/E/CA 11 (1994) Thomson vs. Thomson, HC/E/UK 33 The Ontario Court vs. M. and M. (1996), HC/E/UK 34 (1988) C. vs. C. og HC/E/UK 85 (1994) Re O (Child Abduction: Undertakings).

I Walsh saken hadde det eldste av de to barna som var involvert, ofte vært vitne til at faren, saksøkeren, angrep moren, saksøkte, og det var ofte brutale angrep. Faren viste et generelt mønster av vold og ukontrollerbart sinne. Noe av farens sinne og vold var i tillegg rettet direkte mot et av barna; han fiket til, slo og spyttet på barnet. Barnet ble diagnostisert med posttraumatisk stressyndrom, og hennes symptomer inkluderte mareritt om å bli kidnappet og ”flashbacks” av farens voldelige handlinger. Hun fortalte en sosialarbeider at hun hadde minner om at hennes mor ble utsatt for vold og misbruk av faren, og var livredd for telefonoppringning fra sin far og livredd for å returnere til Irland. Sosialarbeideren vitnet i saken under Haag-konvensjonen, og sa at barnet hadde begynt å komme seg etter ankomsten til USA, men at hvis hun ble tilbakesendt til Irland ville symptomene komme opp igjen. Ankedomstolen i USA omgjorde avgjørelsen til førsteinstansen og nektet begjæringen om tilbakesendelse fra faren. De kritiserte førsteinstansen for deres altfor strenge tolkning av ”alvorlig risiko” kriteriet og de la stor vekt på de psykiske og fysiske skadene barn lider av etter å ha vært vitne til vold i familien. Av stor betydning var det at retten anerkjente at det å være vitne til vold i seg selv kunne føre til en ”alvorlig risiko”. Videre kritiserte ankedomstolen førsteinstansens distinksjon mellom vold rettet mot moren og vold rettet mot barnet, i stedet for å fokusere på farens generelle mønster av vold. Retten noterte seg sjansene for, støttet av sosial forskning, at menn som bruker vold mot sin partner/ektefelle også bruker vold mot barn. Ved å se på prinsippene som følger av Blondin saken bestemte retten seg for at alle tiltak rettet mot og godkjent av faren, eller påbud av retten, ville være ineffektive når det gjaldt å beskytte moren og barna fra både ”fysiske og psykiske skader”. Retten fulgte vurderingene og analysene foretatt i Blondin saken, og bestemte at en tilbakesending under alle omstendigheter ville skape en ”alvorlig risiko”.

3.4 Barnebortføringsloven § 12 (1) (c)

3.4.1 Innledning

Etter denne bestemmelsen kan tilbakelevering nektes av domstolene hvis barnet selv motsetter seg det, og det har nådd en alder og modenhetsgrad som gjør det naturlig å ta hensyn til barnets mening.

Barnelova § 31 gir barnet medbestemmelsesrett i personlige avgjørelser som angår de selv. Dette betyr at foreldrene, og andre som barnet bor hos eller som har med barnet å gjøre, skal høre på hva barnet har å si før de tar sin avgjørelse, etter hvert som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkter om saken, og vektleggingen skal skje etter hvor gammelt og modent barnet er. 1.april 2004 ble aldersgrensen for ubetinget uttalerett senket fra 12 til 7 år i barnelova. Når barnet har fylt 12 år skal det legges stor vekt på hans/hennes mening. En av hovedgrunnene bak endringen var behovet for at flere barn blir hørt i viktige avgjørelser angående dem selv, og barnefordelingssaker ble spesielt nevnt.⁷⁹ Både i Innst.O.nr.92 (2002-2003) og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) ble endringer i barnevernloven og barnelova begrunnet med å behovet for å synliggjøre barnekonvensjonen art. 12 i norsk lov på en bedre måte.⁸⁰ Art. 12 gjør medlemsstatene pliktige til å garantere et barn som er i stand til å danne seg sine egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunktene i alle forhold som berører det. Barnets mening skal gis behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. I annet ledd blir enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, særlig vektlagt. 2. ledd i barnelova § 31 ble i Innst.O.nr.30 (1980-1981) forklart slik: ” Komiteens utkast til § 31 annet ledd er generelt utformet og vil ikke bare gjelde for foreldrene, men også dem som i tilfelle av tvist skal ta den endelige avgjørelse om hvem barnet skal bo hos, dvs. fylkesmannen og retten (...) De vil alle ha plikt til å påse at barnet får anledning til å uttale seg (...)”

⁷⁹ Innst.O.nr.96 (2002-2003) s. 22

⁸⁰ Innst.O.nr.92 (2002-2003) s. 3-6 og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 57-63

3.4.2 Norsk praksis

I norsk praksis blir denne bestemmelsen sett på som en viktig modifikasjon av plikten til tilbakelevering, og som et utslag av prinsippet om å legge vekt på det som er til barnets beste.⁸¹

Det er svært lite rettspraksis angående barnebortføringsloven § 12 (1) (c). Det vises her til to kjennelser fra lagmannsretten.

I en lagmannsrettskjennelse fra 1996 ble ikke barnas ønske om å få bli i Norge tatt til følge. I saksbehandlingen i namsretten hadde begge barna uttalt seg klart om at de ikke ville tilbake til England, og tilsvarende utsagn hadde fremkommet i senere samtaler med det ene barnet. Likevel tillot ikke lagmannsretten disse uttalelsene avgjørende betydning. For det første så lagmannsretten på barnas alder, som på domstidspunktet var snart 7 og 9 år, og definerte dem som ”ennå så vidt små”. Det kunne derfor vanskelig forutsettes at de kunne overskue konsekvensene av et slikt avgjørende valg. For det andre stilte lagmannsretten spørsmål ved hva som egentlig lå til grunn for barnas uttalelser. De la vekt på at barna hadde tilbrakt 1 ½ år i Norge sammen med moren uten kontakt med faren, og at dette måtte antas å kunne ha satt preg på deres uttalelser. De forsto barnas vegring mot å reise tilbake til England som mer i retning av bekymring over å måtte skilles fra mor.⁸²

§ 12 (1) (c) førte heller ikke frem i en sak for Eidsivating Lagmannsrett, hvor retten uttalte at denne bestemmelsen bare i rene unntakstilfeller kan komme til anvendelse når det gjelder barn i alderen rundt 6 år, som det ene barnet var på domstidspunktet. Det ble videre sagt at det faktum at barnet ble hørt medførte ikke automatisk at barnets mening måtte tillegges utslagsgivende vekt. Til slutt sa lagmannsretten: ”I dette tilfellet synes for øvrig

⁸¹ Rundskriv G-136/91 og Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s. 20

⁸² Borgarting lagmannsrett – kjennelse: 1996-06-10. LB-1996-1004. Mor hadde her tatt med seg barna, på hhv 8 og 6 år, til Norge. De hadde felles foreldreansvar og faren hadde samværsrett. Han begjærte tilbakesending og begjæringen ble tatt til følge av namsretten. Moren påkjærte avgjørelsen, men den ble ikke tatt til følge da det ble funnet at verken §§ 12 (1) (b) eller (c) kunne anvendes.

heller ikke Cs motstand mot tilbakelevering å være av *slik art eller tyngde at det - hensett til hans alder - er naturlig å la den få avgjørende betydning* (min uth.). ”⁸³

3.4.3 Internasjonal praksis og litteratur

Pérez-Vera ser i sin rapport både det positive og det negative ved medbestemmelsesretten til barnet i barnebortføringssaker. Den gir barnet en mulighet til å få uttrykt sin mening og interesser, men samtidig kan det være en fare for at barnet kan føle seg presset og befinne seg i en lojalitetskonflikt. Likevel blir denne bestemmelsen oppfattet som absolutt nødvendig.⁸⁴

Man kom ikke frem til noen bestemt aldersgrense for ubetinget uttalerett, da alle forslagene om alder ble oppfattet som tilfeldige og vilkårlig valgt. Det syntes da best å overlate dette til den skjønnsmessige kompetansen som domstolene innehar i slike saker.⁸⁵ Barnets mening må atskilles fra bortførerens mening og ytringer, og man må også skille mellom barnets meninger angående foreldreansvar og daglig omsorg, og dets meninger angående en tilbaksending til bostedstaten.⁸⁶

I mars 2001 kom The Permanent Bureau med anbefalinger til medlemsstatene i Haag-konvensjonen, basert på et spørreskjema angående praktiseringen av konvensjonen. Angående art. 13 (2) kom det frem en liste med faktorer som blir vurdert når man evaluerer barnets mening: alderen, modenheten og barnets forståelse av situasjonen, om barnet protesterer mot tilbakesendelse av seg selv, om det å overse barnets mening kan være skadelig for barnet, styrken av barnets mening, og om barnets mening har blitt påvirket av

⁸³ Eidsivating lagmannsrett – kjennelse: 1992-04-30. LE-1992-655. I 1991 reiste moren med barna på hhv. ca 6 og 4 år, til Norge og ble boende i strid med avtale om å returnere til USA. Namsretten avsa kjennelse hvor de nektet tilbakelevering. A påkjærte namsrettens kjennelse og lagmannsretten fant her at tilbakeføring måtte skje.

⁸⁴ Pérez-Vera (1982) s. 433

⁸⁵ Pérez-Vera (1982) s. 433

⁸⁶ The Permanent Bureau (2006) artikkel 31

bortføreren. I en siste kommentar blir det slått fast at uttalelser fra små barn generelt sett ikke er bestemmende for utfallet, men her blir ikke ”små barn” spesifisert nærmere.⁸⁷

I rettspraksis under Haag-konvensjonen kommer det frem visse retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av denne unntaksbestemmelsen. I *Vigreux vs. Michel*⁸⁸ ble ikke bekymringene til en 14 år gammel gutt hørt av ankedomstolen i England. Sistnevnte uttalte at dommeren i førsteinstansen hadde lagt for stor vekt på barnets bekymring over sin mulighet til å bli hørt i den etterfølgende barnefordelingssaken i Frankrike. Han hadde sammen med sin far i 2002 bedt om endring av dom angående foreldreansvar og daglig omsorg, hvor det var bestemt felles foreldreansvar og daglig omsorg for mor. Far og sønn hadde derimot reist til England før saken kom opp. Moren ble etter bortføringen gitt foreldreansvaret alene i forhold til gutten. Det ble akseptert i ankedomstolen at det forelå vektige grunner for bruken av art. 13 (2) hensett til barnets alder, styrken av hans følelser og den positive vurderingen gjort av domstolens sakkyndig. Likevel var dette en ren barnebortføringssak, og barnet ble ansett for å ta feil når det var bekymret over muligheten til en rettferdig rettergang i Frankrike. Det må tillegges at en vurdering av velferden til barnet tilsa at det ikke var noe hinder for å tilbakeføre barnet.

I *Zaffino vs. Zaffino*⁸⁹ var det uenighet mellom førsteinstans og ankedomstolen angående bruken av den skjønnsmessige kompetansen domstolene har under art.13 (2). Dommeren i førsteinstans fikk kritikk for sin bruk av rettspraksis, som tilsa at der hvor man aksepterer at

⁸⁷ The Permanent Bureau (2001) side 19-20

⁸⁸ INCADAT, HC/E/UK 829, 2006. En 14 år gammel gutt ble tatt av sin far til England fra Frankrike i august 2005. Foreldrene hadde felles foreldreansvar og moren den daglige omsorgen. Moren sendte inn begjæring om tilbakesendelse, men den ble ikke tatt til følge av førsteinstansen i England. Retten nektet her tilbaksendelse på bakgrunn av art. 13 (2). Moren anket og den ble tatt til følge.

⁸⁹ INCADAT, HC/E/UK 813, 2005. Ekteparet hadde 6 barn i sammen og bodde i Ontario, Canada. I 2004 tok mor med seg 4 av barna til England. Faren begjærte tilbakesending, og førsteinstansen i England vedtok at de 2 yngste skulle sendes tilbake, mens de to eldste skulle bli igjen da de hadde protestert på dette. De to eldste ble av domstolen betraktet som gamle og modne nok til at deres meninger skulle bli tatt med i vurderingen. Faren anket i forhold til de to eldste, og det ble tatt til følge.

et barn protesterer så burde man handle i henhold til dette, om ikke mothensyn foreligger. Ankeinstansen argumenterte i sin kritikk for at i utøvelsen av den skjønnsmessige kompetansen så må retten heller veie barnets mening og dets styrke mot både konvensjonens hensyn og generelle velferdsbetraktninger. I tillegg ble førsteinstansdommen kritisert for bruken av sin skjønnsmessige kompetanse i forhold til de to eldste barna. Han hadde vurdert deres meninger isolert sett, og det ble argumentert for at her skulle dommen ha startet med det utgangspunkt at moren var gitt tillatelse til å returnere til Canada med de to yngste barna, før vurderingene ble foretatt. En tredje dommer i ankeinstansen fant ikke at førsteinstansdommen hadde gjort feil når det gjaldt hans tilnærming til og vektleggingen av barnas uttalelser, men han så på det faktum at det eldste barnet ville være både hos sine yngste søsken og hos sin mor, og at den eneste muligheten for dette var å sende barna tilbake. Moren hadde allerede akseptert at hun måtte reise tilbake da det ikke forelå noen unntak som kunne brukes i forhold til de to yngste barna. Det kommer frem av dommens kommentarer at denne bestemmelsen har skapt problemer i forhold til bruken av den skjønnsmessige kompetansen i de engelske domstolene.

I en sak fra 2004, (*Re J (Children) (Abduction: Child's Objections to Return)*)⁹⁰, kom det frem at man må se på om barnets mening er klar og konsis og om den er basert på rasjonelle vurderinger gjort av barnet uten innflytelse fra foreldrene. I denne saken kom ankeinstansen til at barnet på 11 ½, var av slik alder og modenhet at det var hensiktsmessig å ta hans meninger med i helhetsvurderingen. Til slutt ble det påpekt av ankeinstansen at i de saker hvor barnet oppriktig protesterer, så burde alle tiltak tas i bruk

⁹⁰ INCADAT, HC/E/UK 579, 2004 Saken omhandler 2 gutter i alderen 5 og 9 år, på bortføringstidspunktet, som ble tatt med fra Kroatia til England av deres mor. Det ble enighet om frivillig retur, hvor far måtte inngå avtaler om omfattende vilkår. August 2000 kom mor og barn tilbake, og far brøt umiddelbart vilkårene. Desember 2001 tok moren barna igjen til England. Faren begjærte tilbaksending, som førsteinstansen i England tok til følge. Moren anket, men den ble forkastet. Sønnen på 11 ½ tok da kontakt med advokat for å ta del i rettssaken som part. Han sluttet seg da til saken som saksøkte nr. 2. I oktober 2003 ble hans anke angående tilbaksending tatt til følge. Tilbaksending ble nektet.

for å presentere slike protester for dommeren i førsteinstans. Bortførereren burde ikke føle seg forhindret i å presentere et slikt forsvar i frykt av å bli anklaget for å ha presset eller lurt barnet til å protestere.

Beaumont og McEleavy trekker frem i sin bok, i forbindelse med art. 13 (2), utviklingen innen familieretten. Barn har etter hvert blitt anerkjent og innrømmet individuelle rettigheter og barnets selv- og medbestemmelsesrett har vært det essensielle. Det var debatt om denne bestemmelsen ved utferdigelsen av konvensjonen, og det er det fortsatt den dag i dag. Men debatten har utviklet seg i tråd med utviklingen av familieretten, og man må i dag se barnets medbestemmelsesrett i en annen kontekst.⁹¹

I en art.13 (2) sak er det første steget for dommeren, ifølge Beaumont & McEleavy, å etablere en *prima facie* sak for så å kunne vurdere om barnets mening skal tas med eller ikke. Hvis barnets mening skal bli hørt, må dommeren se på gyldigheten av uttalelsen/meningsytringen, og på barnets alder og modenhet. Til slutt, når dette er gjort, vil dommeren bruke sin skjønnsmessige kompetanse til å avgjøre om barnet skal tilbakesendes, i hver individuell sak. Om en uttalelse er gyldig eller ikke, hevdes å være avhengig av dommerens inntrykk av barnet og sakens fakta.⁹² Det ble i denne forbindelse vist til en sak fra 1991, (*Re R. (A Minor Abduction)*)⁹³, hvor dommeren uttalte at uttrykket "objects" (motsetter seg) innebærer en styrke av følelser, som er sterkere enn det som blir lagt til grunn i forhold til barnets mening i en barnefordelingssak. Videre sa retten at en domstol må være forsiktig i vurderingene av kvaliteten på meningsytringene og oppriktighetene av de. Barone hevder i denne forbindelse, at en slik skjønnsmessig kompetanse har ført til at statene tolker bestemmelsene forskjellig.⁹⁴

⁹¹ Beaumont & McEleavy (1999) s. 177

⁹² Beaumont & McEleavy (1999) s. 180-181 og 187

⁹³ INCADAT, HC/E/UK 59, 1991. Moren tok med seg sin 14 ½ år gamle datter fra Tyskland til England. Dette var brudd på foreldreansvaret, da hennes tante var oppført som datterens lovlige formynder. Tanten begjærte tilbaksendelse men begjæringen ble forkastet.

⁹⁴ Barone (1995)

Om art. 13 (2) skal tolkes bokstavelig eller i tråd med konvensjonens formål er også kommet frem i rettspraksis. Skottland, Nord-Irland, Australia og New Zealand tolker bestemmelsen bokstavelig.⁹⁵ England derimot tolker i tråd med konvensjonens formål.⁹⁶

Barone så i sin artikkel på rettspraksis fra henholdsvis USA, England og Østerrike og konkluderte med en snever tolking av bestemmelsen. Denne tolkingen var ifølge Barone et forsøk på å følge en uniform forståelse av hensikten med Haag-konvensjonen; å sikre barnets umiddelbare retur til bostedstaten. Et eksempel var en domstol i California som ikke anså en 10 år gammel gutt og en 12 år gammel jente, som modne nok til å bestemme selv hvor de ville bo. I denne forbindelse argumenterte Barone for at vid tolking av art. 13 (2) vil undergrave konvensjonens formål. Det er generelt kjent at barn er lettpåvirkelige og kan ofte bli tvunget til si ting de egentlig ikke mener.⁹⁷ I Beaumont & McEleavy blir det angående denne bestemmelsen konkludert med at å vurdere et barns uttalelser etter barnets modenhet kan fremkomme som vilkårlig, om ikke forenklet.⁹⁸

3.5 Barnebortføringsloven § 12 (1) (d)

3.5.1 Innledning

Denne bestemmelsen kom med i sluttforberedelsene til konvensjonen som et resultat av et kompromiss mellom statene, da det hadde vært uenighet om nødvendigheten av en slik klausul.⁹⁹ Etter denne bestemmelsen kan tilbakesendelse nektes hvis det ikke er forenelig med grunnleggende prinsipper her i landet om vernet av menneskerettighetene. Den tilsvarende Haag-konvensjonen art. 20.

⁹⁵ Beaumont & McEleavy (1999) s. 188 med henvisninger til bl.a. INCADAT; HC/E/UKs 77, 1996, HC/E/UKs 79, 1993 og HC/E/NZ 91, 1993.

⁹⁶ INCADAT, HC/E/UKe 87, 1992

⁹⁷ Barone (1995)

⁹⁸ Beaumont & McEleavy (1999) s. 193

⁹⁹ G-136/91 s. 35

Grunnloven § 110 c pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene. I 2.ledd sies det at nærmere bestemmelser om gjennomføring av traktater fastsettes ved lov. Menneskerettsloven trådte i kraft i 1999, og dens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Konvensjoner som EMK med protokoller, FN konvensjonene (ØSK og SP), og barnekonvensjonen med protokoller gjelder som norsk lov, og skal i motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jfr. menneskerettsloven §§ 2 og 3.¹⁰⁰ Andre konvensjoner som torturkonvensjonen anses inkorporert gjennom innføringen av et eget torturforbud i straffeloven § 117 a, mens FNs kvinnediskrimineringskonvensjon er inkorporert i likestillingsloven. Andre menneskerettighetsnormer er integrert i norsk lovgivning over lang tid og kommer ikke direkte frem i loven eller i forarbeidene. I norsk rett er det en presumsjon om at norsk rett er i overensstemmelse med sine folkerettslige forpliktelser.¹⁰¹ Ved at menneskerettighetene er inkorporert i norsk lov kan enkeltindivider påberope seg rettighetene.

Denne bestemmelsen er en *ordre public* (offentlig orden) bestemmelse, som generelt sett er et forbehold i internasjonal privatrett; den fremmede rett som rettsvalgreglene utpeker anvendes ikke når resultatet av å anvende denne retten strider mot grunnleggende verdier i og formål med vår rettsorden; altså er i strid med vår ordre public. Fra 1950-tallet kom ordre public- klausulen inn i konvensjonene til Haag-konferansen for internasjonal privatrett, men de opererer med et forsterket krav; Bare når resultatet av å anvende en utenlandsk regel er *klart* i strid med ordre public kan man gripe til denne klausulen. Dette er fordi man prøver å oppnå en enhetlig regulering av konvensjonene.¹⁰²

Det er svært lite, om ingen, norsk praksis angående denne bestemmelsen, så dette kapittelet konsentreres om internasjonal praksis og litteratur. Rundskrivet sier at bestemmelsen må sees som en spesiell ordre public- klausul med begrenset rekkevidde; bestemmelsen antas å

¹⁰⁰ Se kapittel 1

¹⁰¹ Møse (2002) s. 171-186

¹⁰² Gaarder (2000) s. 98-118

komme til anvendelse kun i ekstraordinære tilfeller. Bestemmelsen sikter ifølge rundskrivnet til internasjonale menneskerettigheter og utover det; regler som verner menneskerettigheter og grunnleggende friheter som er gitt i den enkelte stats lovgivning, herunder i grunnlov.¹⁰³

3.5.2 Internasjonal praksis og litteratur

Pérez-Vera sier i sin rapport at det kan være vanskelig å definere innholdet av denne bestemmelsen. Videre kommer det frem at hvis den aktuelle stat skal kunne nekte tilbakelevering på dette grunnlag, så må det ikke bare bevise at det foreligger et avvik, men også at grunnleggende menneskerettigheter forbyr en tilbakelevering av barnet.¹⁰⁴ Det siste blir forklart med at dette ikke henviser til de siste utviklingene på det internasjonale nivået, men det dreier seg kun om de prinsippene som er nedlagt i den nasjonale lovgivningen i mottakerstaten. Enten gjennom den generelle folkeretten eller nasjonal lovgivning. Dermed må mottakerstaten vise at en tilbakesending vil være i strid med de fundamentale prinsipper som er nedlagt i dennes nasjonale lovgivningen.¹⁰⁵ Barone hevder det samme i sin artikkel; det ikke er nok for mottakerstaten å bare bevise at en tilbakesending vil krenke den aktuelle stats policy eller rettsprinsipper, den må krenke en bestemt nasjonal lovgivning.¹⁰⁶

Denne bestemmelsen skal som de andre unntakene tolkes og anvendes strengt for at ikke grunnlaget for konvensjonen; å bekjempe ulovlig bortføring/tilbakeholdelse, utvannes. I dette grunnlaget ligger det en presumsjon om at den beste måten å bekjempe dette problemet på er å nekte å tillegge bortføring/tilbakeholdelse legalitet. I praksis betyr dette at medlemsstatene må akseptere og godta at de, uansett uoverensstemmelser, tilhører samme juridiske fellesskap hvor hver stat anerkjenner at den beste til å avgjøre sak om foreldreansvar og samvær, som regel er myndighetene i barnets bostedstat. Hvis man får en omfattende praksis med påkallelse av order public-klausulen, og de andre

¹⁰³ G-136/91 s. 35

¹⁰⁴ Pérez-Vera (1982) s. 433-434

¹⁰⁵ Pérez-Vera (1982) s. 462

¹⁰⁶ Barone (1995)

unntaksbestemmelsene, som fører til at man bytter forum for avgjørelsene fra barnets bostedsstat til mottakerstaten vil det, ifølge Pèrez-Vera, føre til en kollaps av konvensjonens system, fordi en slik praksis vil fjerne ånden om gjensidig tillit, som er konvensjonens inspirasjon.¹⁰⁷ Som en følge av at denne klausulen kun skal brukes i ekstraordinære tilfeller, inkluderte ikke England og Finland den i sin interne rett, da de anså slike mulige situasjoner for å falle inn under artikkel 13 (1) (b).¹⁰⁸

Både i rapporten av The Special Commission fra 1989 og i anbefalingene fra 2001 kommer det frem at bestemmelsen har blitt lite brukt. I 1989 var det ingen som på en suksessfull måte hadde påberopt seg dette unntaket. Forsøkene besto i å prøve å bruke det i favør av kidnapperen og ikke barnet. Dette godtok ikke domstolene. I 2001 ble det slått fast at en sak fra 1997 hadde vært suksessfull.¹⁰⁹ Dette var en sak hvor moren tok med seg datteren, som var spedbarn på bortføringstidspunktet, til Spania fra Israel. Foreldrene hadde felles foreldreansvar, og faren sendte begjæring om tilbakesendelse i juni 1995. Samme måned ga de israelske myndighetene faren foreldreansvaret alene p.g.a. morens handlinger, og erklærte moren for å være ”Moredet”; en status i den jødiske religiøse lov som indikerer at kvinnen har vært en ”opprørsk” kone. April 1996 avslo de spanske myndighetene farens begjæring, han anket derfor. Anken ble forkastet og tilbakesendelse nektet på grunnlag av artikkel 20. I den forbindelse ble det vist til førsteinstansdommerens vurderinger. Han så på det faktum at de israelske myndighetene hadde gitt faren foreldreansvar kun som en straff for morens ”opprørskhet”. Dermed ville det ikke bli tatt hensyn til barnets beste, og datteren ville bli tatt vekk fra moren, som hun hadde vokst opp hos. Dette gikk imot grunnleggende prinsipper i det spanske rettssystemet. Ikke bare ville statusen som ”Moredet” resultere i at moren mistet sine rettigheter i forhold til barnet, men også innad i det israelske samfunnet.¹¹⁰

¹⁰⁷ Pèrez-Vera (1982) s. 434-435

¹⁰⁸ The Permanent Bureau (1989) artikkel 38

¹⁰⁹ The Permanent Bureau (1989) artikkel 37 og The Permanent Bureau (2001) s.24

¹¹⁰ INCADAT; HC/E/ES 244, 1997.

Til slutt i dette kapittelet vises det til en sak fra 2000 (The Director-General, Departments of families, youth and community care v. Rhonda May Bennett),¹¹¹ hvor ankedomstolen kom med prinsipielle uttalelser angående artikkel 20. Retten bemerket at bestemmelsen skal anvendes strengt og skal gis en snever tolkning. Denne bestemmelsen burde, ifølge retten, kun påkalles i de sjeldne tilfellene hvor en tilbakesending vil ryste rettens samvittighet eller krenke ideen om en rettferdig rettergang.

Heller ikke i litteraturen blir denne bestemmelsen diskutert i særlig grad. Det blir slått fast at bestemmelsen krever klare og overbevisende bevis, og at den kan være vanskelig å anvende i praksis, siden det er sjelden slike klausuler er å finne i internasjonal privatrett.¹¹² At situasjoner som kan falle inn under art. 20 på samme måte kan falle inn under kriteriene i art. 13 (1) (b), har også blitt tatt opp. Likevel blir ikke artikkelen sett på som totalt unødvendig, da den kan tilføye konvensjonen en moralsk autoritet, som kan være god å ha med seg når dens konstitusjonelle status blir utfordret.¹¹³

¹¹¹ INCADAT, HC/E/AU 275, 2000. En 4 ½ år gammel gutt ble tilbakeholdt i Australia av moren etter en ferie. Foreldrene hadde felles foreldreansvar, og barnets bostedstat var England. April 1999 begjærte faren sønnen tilbakesendt, men de australske myndighetene forkastet de på grunnlag av art. 13 (1) (b). Sentralmyndighetene i England anket på vegne av faren, og den ble tillat. Tilbakesendelse ble vedtatt da verken art. 13 (1) (b) eller 20 kunne anvendes.

¹¹² Torrez, Coleman og Burleson (2005) og Barone (1995)

¹¹³ Beaumont og McEleavy (1999) s. 172-176

4 En sammenligning av norsk og internasjonal praksis angående barnebortføringsloven § 12, jfr. Haag-konvensjonen art. 12 (1) og (2), 13 og 20

Haag-konvensjonens hovedformål er å gjenopprette status quo for barnet, jfr. Haag-konvensjonen art. 1. Stater har internasjonalt gått sammen for å bekjempe internasjonal barnebortføring, og har under dette målet satt rask saksbehandling og effektivitet i høysetet. Som alltid i slike situasjoner kommer problemstillingen om hurtighet og effektivitet opp mot andre fundamentale prinsipper, i dette tilfelle, barnets beste. Av rapporten til Pérez-Vera kom det fram at medlemsstatene hadde gått sammen om å beskytte barn i internasjonale forhold fra de skadelige virkningene som følger av bortførelse eller tilbakeholdelse.¹¹⁴ I litteraturen generelt vurderes det å ikke ta barnets beste i betraktning til å undergrave nettopp dette formålet. Likevel er det stor uenighet om relevansen og vekten av en ”barnets beste” vurdering i saker under denne konvensjonen.¹¹⁵ De nordiske statene, som det kommer frem av forarbeidene, har vært de som har kjempet for en ”svak” konvensjon; en konvensjon som har unntak som tar hensyn til barnets beste. Dette var for Norge en av kravene til å ratifisere konvensjonen.¹¹⁶ Litteraturen, forarbeidene, konvensjonen og konvensjonens formål stiller seg uenig på dette punkt, selv om det til tider kan være nyanseforskjeller de er uenige om. Her kan det være uenigheter om domstolenes skjønnsmessige kompetanse, hvor langt man skal gå i en ”barnets beste” vurdering og om en slik vurdering i det hele tatt skal bli undergitt en behandling. Domstolene har, som vi har sett, forholdt seg svært strenge til konvensjonens prinsipp om at barnet skal tilbakesendes umiddelbart, slik at myndighetene i bostedstaten kan behandle de underliggende forhold om foreldreansvar og samvær.¹¹⁷ En slik mangel på konformitet kan man jo forvente seg på

¹¹⁴ Pérez-Vera (1982) s. 431

¹¹⁵ Se drøftelsen i kapittel 3.1.2

¹¹⁶ Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) s. 9

¹¹⁷ Se drøftelsen i kapittel 3.1.2

et område som er preget av skjønnsmessige regler, men man må samtidig ikke stille seg ukritisk til slik praksis, da det kan gå utover rettssikkerheten til de involverte, ikke minst, barnet. Barnets velferd burde i alle situasjoner være av høyeste prioritet. En vedvarende og omfattende juridisk prosess vil ikke være det mest gunstige, da den tiden som går vil ha uopprettelig virkning på situasjonen, men det er svært viktig at de juridiske og administrative myndighetene har et sikkert og godt opplyst grunnlag for sine avgjørelser.

Ved bekjempelse av problemer og konflikter i internasjonale forhold er det avgjørende med instrumenter som er helhetlig utformet og hvor det finnes en uniform tolking av de materielle og prosessuelle reglene. Dette viser seg ofte å være et problem, nettopp fordi slike internasjonale multilaterale konvensjoner er preget av stater med forskjellige sosiale kulturer og rettsoppfatninger. I bekjempelsen av internasjonal barnebortføring befinner vi oss i den internasjonale privatretten, hvor familien er utgangspunktet. Og nettopp her kan det være grunnleggende kulturelle og religiøse forskjeller. "Barnets beste" vurderingene farges av disse forskjellene. Dette igjen fører til konflikt om hvor omfattende disse vurderingene skal være i avgjørelsen av slike saker, og hvordan man kan unngå at dommeres avgjørelser ikke i for stor grad farges av deres religiøse overbevisning, politiske tilbøyelighet eller sin generelle kulturelle bakgrunn. Et eksempel er kjønnslemlestelse av jenter og kvinner i deler av Afrika, Asia og Midtøsten. Kirkens Nødhjelp anslo i 2003 at ca. 120-130 millioner kvinner har vært utsatt for kjønnslemlesting i en eller annen form. Videre er det anslått at 2 millioner kvinner årlig er i faresonen.¹¹⁸

Medlemsstatene til konvensjonen er enige om at unntakene må tolkes strengt for å ikke utvanne konvensjonen. De fire unntakene avhandlingen har tatt for seg fremstiller, i forskjellig grad, problemer for domstolene og partene. Først av alt så har vi unntaket i § 12 (1) (a), som gir dommere både en plikt til å sende barnet tilbake og en skjønnsmessig kompetanse til å vurdere situasjonen når det har gått mer enn ett år. De norske forarbeidene sier ikke mer enn det som følger av Pérez-Vera rapporten angående tidsfristen, det er derfor

¹¹⁸ Sommerfeldt (2004)

vanskelig å si noe om de juridiske eller administrative myndighetene i Norge har sett på de problemstillingene som ble tatt opp av The Special Commission i 1989; hva skjer når den av foreldrene som tar barnet reiser innad i barnets bostedstat i en periode før den krysser landegrensa? Hva skjer når bortføreren gjemmer barnet slik at rettssaken ikke får startet før etter ett år har gått? Det siste spørsmålet har vært omstridt, da det setter fleksibilitet i avgjørelsene opp mot det å ikke belønne en forelder for slike klandreverdige handlinger. Dette kom opp i Kenya saken, hvor faren tok med seg begge sønnene, som var 9 og 11 år på tidspunktet for ankeforhandlingene, til Norge fra Kenya. Etter samlivsbruddet hadde faren giftet seg med en norsk kvinne, og flyttingen med barna var i strid med et utenrettslig forlik om foreldreansvar og omsorgsretten. Han hadde hindret enhver kontakt mellom mor og barna, og påvirket barna slik at de hadde utviklet et hatsk forhold til sin mor. Lagmannsretten tilkjente faren foreldreansvaret og den daglige omsorgen, og moren anket. I Høyesterett vant hun frem med sin anke. I sin vurdering sa Høyesterett at avgjørelsen først og fremst skal rette seg etter det som er til barnets beste, jfr. barnelova § 48. Men i denne saken fant retten det nærmest umulig å avgjøre hva som var best for barnet, og så derfor en adgang til å kunne legge vekt på andre hensyn. Dette talte for å gi omsorgen til mor, da et annet resultat ville være å ”belønne” far for sin klandreverdige opptreden.¹¹⁹

Hvor enn viktig det er å ikke belønne en forelder for slike handlinger, som igjen kan føre til at flere vil følge hans/hennes eksempel, er det samtidig essensielt å se på det enkelte barn i den individuelle situasjonen. Samtidig er det nyttig, hvis man skal oppnå konformitet, med et fast utgangspunkt for domstolene å starte sin vurdering ut i fra. Om man skal ta utgangspunkt i den strenge regelen som avskjærer muligheten for å ta hensyn til tiden som har gått, eller en regel som tillater det og gir mer fleksibilitet til § 12 (1) (a), jfr. art. 12 (1) og (2) er vanskelig for meg å si, men uansett må man finne frem til en regel som kan gi et resultat i barnets interesse.

¹¹⁹ Rt. 1989 s. 176

Det som i tillegg gjør barnebortføringssaker vanskelige, er at tidsaspektet også har mye å si for neste kriterium; til lenger tid det går, til mer vil barnet finne seg til rette i sitt nye miljø. Her kommer kravet om hurtig saksbehandling inn som et utslagsgivende moment. Det kom frem i kommentarene til Cannon-saken fra 2004, at det ikke har oppstått noe uniform praksis angående "settlement" kriteriet i Haag-konvensjonen art. 12 (2), jfr. § 12 (1) (a).¹²⁰ Særlig spørsmålet om kriteriet skal bli tolket bokstavelig eller i tråd med konvensjonens formål har ikke blitt oppklart. Her forholder medlemsstatene seg forskjellig. Som vi så i kapittel 3.2.3 tolker England, USA og Skottland i tråd med konvensjonens formål. Australia tolker kriteriet bokstavelig, og anvender den "vanlige" betydningen. Som nevnt tidligere kan konvensjonens mål om å sende barnet umiddelbart tilbake, slik at myndighetene i barnets bostedstat kan avgjøre spørsmål om foreldreansvar og samvær, innebære et krav om effektivitet og hurtighet som kan gå å tvers av barnets beste. Dermed kan en tolkning av kravet om "settlement" i tråd med konvensjonens formål også kunne gå på tvers av barnets beste. I stater som praktiserer den sistnevnte tolkningen kan bevisbyrden bli for stor for bortføreren når han/hun skal kjempe imot konvensjonens formål. § 18 fastsetter at domstolene kan på et hvilket som helst tidspunkt påby en tilbakelevering av barnet. Etter utgangen av ett år har ikke domstolene en absolutt plikt som følger av art. 12 (1) lenger, de må nå vurdere om barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Her kan en tolking i tråd med konvensjonens formål presse domstolene til å tolke "settlement" i henhold til den plikten som følger av art. 12 (1) og (2). Det gir lite rom for vurderinger av barnets beste i den enkelte situasjon, men dette kan jo også være hensikten, da flere domstoler anser dette som bostedstatens oppgave. Domstolenes skjønnsmessige kompetanse har vært diskutert i rettspraksis, og det følger av både konvensjonen og rapporten til Pérez-Vera at domstolene har en skjønnsmessig kompetanse til å avgjøre tilbakesendelse, selv om det har blitt konstatert "settlement" i et tilfelle.¹²¹

Art. 13 (1) (b), jfr. § 12 (1) (b) er opphavet til uoverensstemmelser statene i mellom. Det som kan skape mest vansker er anvendelsen og omfanget av "barnets beste" vurderingene

¹²⁰ Se drøftelsen i kapittel 3.2.3

¹²¹ Pérez-Vera (1982) s. 459 og drøftelsen i kapittel 3.1.2

under denne bestemmelsen. Bestemmelsen inneholder kriteriene ”alvorlig risiko” for ”fysisk eller psykisk skade” eller ”sette barnet i en stilling som ikke kan godtas”. Domstolene har her en skjønnsmessig kompetanse når de skal finne om disse vilkårene er tilstede. Men i bruken av denne kompetansen har de vært svært forsiktige i bruken av ”barnets beste” vurderinger. Slike vurderinger har blitt ansett av dommere og i den juridiske litteraturen, til kun å skulle foretas i barnefordelingssaker i barnets bostedstat.¹²² Alfieri sier i sin artikkel at vurderinger under ”barnets beste” standarden også er relevant i barnebortføringssaker, og andre forfattere med ham har sett det slik at det ikke er mulig å gå utenom en ”barnets beste” vurdering, om enn i begrenset form. De har sett det slik at hvis retten skal avgjøre om det foreligger en ”alvorlig risiko” eller om barnet kan bli plassert i en ”situasjon som ikke kan godtas”, så må retten foreta en ”barnets beste” vurdering. Annerledes praksis ville, ifølge noen, være i strid med konvensjonens formål.¹²³ Det er viktig at dommerne er godt informert om sakens fakta før de tar en avgjørelse i slike saker, jfr. Haag-konvensjonen art. 13 (3), siden ”feil” avgjørelse kan ha alvorlige konsekvenser for barnet. Det er her viktig å huske art. 16 som stadfester at domstolene i mottakerstaten ikke skal treffe beslutning om realiteten vedrørende foreldreansvaret.

Både Norge og de andre medlemsstatene tolker art. 13 (1) (b), jfr. § 12 (1) (b), strengt for å ikke undergrave konvensjonens formål. Det kommer frem i norsk praksis at i forhold til vilkårene i § 12 (1) (b), så skal det være en vurdering av objektive forhold, og en tilbakesendelse av barnet må vise seg å være klart uheldig for barnet. Det må i tillegg foreligge en relativt klar sannsynlighetsovervekt og domstolene skal ikke foreta en alminnelig ”barnets beste” vurdering av hva som er til barnets beste.¹²⁴ Dette vitner om streng praksis og en begrenset ”barnets beste vurdering”. Men det er ikke nok praksis i dag til å trekke slutninger om hvor langt de norske domstolene vil og mener de bør gå i disse vurderingene. I teorien er internasjonal praksis generelt sett på lik linje med norsk praksis, også her kreves det klare og overbevisende bevis, nærmere definert som betydelige, ikke

¹²² Barone (1995), Spinillo (2001) og INCADAT, HC/E/USf 82, 1996

¹²³ Se drøftelsen i kapittel 3.1.2

¹²⁴ Se drøftelsen i kapittel 3.3.2 og 3.3.3

trivielle. Internasjonalt eksiterer det en mer omfattende praksis som kan, til en viss grad, fastsette innholdet av kriteriene og avgrense vurderingene som skal foretaes av domstolene. Pèrez-Vera rapporten fastslår streng praksis og The Special Commission fastslo i sin rapport fra 1989 at generelt tolket medlemsstatene bestemmelsen strengt.¹²⁵ Engelske domstoler har blitt sett på som svært strenge.¹²⁶ I USA tolkes det også strengt, men i Danaipour vs. McLarey saken kom ankedomstolen frem til at førsteinstansen hadde foretatt en altfor streng tolkning av bestemmelsen i forhold til handlinger som kan kategoriseres som seksuelt misbruk, og forholdet mellom seksuelt misbruk og ” alvorlig risiko” kriteriet.¹²⁷ En engelsk domstol sendte barnet hjem i saken fra 2004 (Re W (A Child))¹²⁸, da de ikke kunne se at vilkårene i art. 13 (1) (b) var oppfylt, men uttalte samtidig at fravær av voldelig atferd rettet direkte mot barnet ikke skal hindre en vellykket påberopelse av denne unntaksbestemmelsen. Det har kommet frem i juridisk litteratur at barn kan utvikle posttraumatisk stressyndrom av å bevitne vold i hjemmet.¹²⁹ Å se et familiemedlem bli utsatt for vold eller annet misbruk kan være like traumatiserende som å oppleve det selv. Det er av stor betydning at domstolene anerkjenner dette, når de skal avgjøre saker under Haag-konvensjonen.

Når det gjelder barnets medbestemmelsesrett er det av interesse å se på den manglende minstegrensen for når et barn skal bli hørt. Konvensjonsteksten legger opp til en skjønnsmessig vurdering fra domstolenes side av når et barn skal bli hørt. Dette er for det første ikke i overensstemmelse med FNs barnekonvensjon art. 12, som har en 12-års grense, eller barnelova § 31. 2 som har en minstegrense på 7 år for når barnet skal få lov til å uttale seg om saken. Barnebortføringssaker omhandler generelt sett en traumatisk situasjon for både barnet og foreldrene, og det kan være vanskelig for barnet å oppfatte alvoret og konsekvensene av sine uttrykte ønsker. Likevel kan manglende minstegrense i

¹²⁵ Se drøftelsen i kapittel 3.3.3

¹²⁶ INCADAT, HC/E/Uke 818, 2006

¹²⁷ INCADAT, HC/E/Uke 459, 2002

¹²⁸ INCADAT, HC/E/uke 771, 2004

¹²⁹ Se drøftelsen i kapittel 3.3.4

konvensjonsteksten/lovteksten føre til en praksis hvor få barn får lov til å uttale seg, særlig i stater som tolker unntaksbestemmelsene strengt og i tråd med konvensjonens formål. Det er av vesentlig betydning at barnet har en medbestemmelsesrett. Å ikke slippe barnet til vil si at man foretar en vurdering av dette barnets modenhetsgrad uten å ha snakket med ham/henne. Dette kan bli en altfor tilfeldig avgjørelse. En bestemmelse i tråd med barnelova slipper flere barn til, og legger heller opp til en vurdering av meningens gyldighet og vekt etter at barnet har fått uttale seg. Å komme frem til en minstegrense som alle kan være enig i blir i slike internasjonale forhold vanskelig. En mulighet er å følge barnekonvensjonens eksempel.

Gjennomgående har det vært lite norsk rettspraksis i forhold til alle unntaksbestemmelsene. Rettskildeværdien av underrettsdommer er omdiskutert. Boe mener at underrettsdommer kan tas med i betraktning, men at de teller langt mindre enn høyesterettsdommer. Fleischer har hevdet at de er irrelevante.¹³⁰ I denne drøftelsen er de med for på en deskriptiv måte vise hvordan underrettsdomstolene i Norge anvender denne bestemmelsen. Barna ble i begge dommene hørt, de var henholdsvis 6, 7 og 9 år gamle. I forhold til 6-åringen ble det uttalt at § 12 (1) (c) bare i rene unntakstilfeller kan komme til anvendelse når barnet er i den alderen, og at selv om barnets mening kommer frem så betyr ikke det automatisk at barnets mening må tillegges utslagsgivende vekt. Barna på 7 og 9 år ble betraktet som for små til å kunne overskue konsekvensene av et slikt avgjørende valg. Det er vanskelig å trekke konklusjoner fra så lite materiale, men det som kan sies er at barna til å begynne med blir hørt. Lagmannsretten trakk en grense i en av dommene på 6 år, noe som stemmer overens med barnelova § 31, som har en minstegrense på 7 år.

Ordre public-klausulen i § 12 (1) (d) har blitt veldig lite brukt. Av både norsk og internasjonal praksis har det kommet frem at bestemmelsen skal brukes i ekstraordinære tilfeller og at den skal anvendes strengt. Det blir krevd klare og overbevisende bevis. Spørsmålet blir om man i det hele tatt trenger denne bestemmelsen, eller om man kan gjøre

¹³⁰ Boe (1996) s. 248-249 som igjen henviser til Fleischer s. 157-158, 172-174

som England og Finland, som ikke inkluderte denne bestemmelsen i sin nasjonale lovgivning, og anser slike situasjoner for å kunne bli subsumert under art. 13 (1) (b). Denne bestemmelsen kan, på den annen side, virke som en påminnelse om våre folkerettslige forpliktelser på menneskerettighetsområdet.

4.1 Konklusjon

Av denne drøftelsen kommer det frem at det er en lang vei igjen før det oppnås konformitet på barnebortføringsområdet internasjonalt. Praksis i henhold til konvensjonen i Norge er vanskelig å oppdrive, naturlig nok fordi vi ikke har så omfattende saksmateriale. Men av forarbeidene til barnebortføringsloven, internasjonal rettspraksis, og juridisk litteratur, kan man se at statene har generelt lik oppfattelse av de overordnede prinsippene i konvensjonen. De ser derimot svært ulik på praktiseringen og anvendelsen av de enkelte unntaksbestemmelsene. Særlig ”barnets beste” vurderingene har skapt konflikt både i praksis og i juridisk litteratur. Anvendelsen av unntakene i en konvensjon er essensielt for konvensjons effektivitet, hvilket betyr at konformitet i henhold til disse bestemmelsene er svært viktig. Internasjonal barnebortføring er et problem som er følelsesmessig traumatiserende for barnet, hvis rettsikkerhet avhenger av helhetlige og uniforme instrumenter som gir klare retningslinjer for bekjempelsen av problemet.

5 Litteraturliste

Artikler fra Westlaw International:

- Blynn Levy, Esther. International Child abduction v. Best interest of the child: Comity should control. I: University of Miami Inter-American Law Review (1986/1987)
- Barone L. Susan. International parental abduction: A global Dilemma with limited relief. Can something be done? I: New York International Law Review (1995).
- Spinillo A., Theresa. The Hague Convention on the civil aspect of international child abduction: An analysis of the grave risk of harm defence. I: New York International Law Review (2001)
- Alfieri, James. Trauma, recovery, and transnational child abduction: posttraumatic stress disorder as psychological harm under The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction. I: Oregon Review of International Law (2003)
- Moskowitz, Galit. The Hague Convention on international child abduction and the grave risk of harm exception recent decisions and their implications on children from nations in political turmoil. I: Family Court Review (2003)
- Torrez, Veronica, Cheryl Coleman og Tina Burleson. The international abduction of international children: conflicts of laws, federal statutes and judicial interpretations of The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction. I: Whittier journal of child and family advocacy (2005)
- Willis, Melissa S. Interpreting the Hague Convention on international child abduction: Why American courts need to reconcile the rights of non-custodial parents, the best interest of abducted children, and the underlying objectives of the Hague convention. I: University of Texas School of Law Publications Inc. (2006)

Bøker

- Beaumont, Paul R. og Peter E. McEleavy. The Hague Convention on international child abduction. Oxford 1(1999)
- Boe, Erik. Innføring I jus. Juridisk tenkning og rettskildelære. 3.opplag. Oslo (1996)
- Davis, Sandra, Jeremy Rosenblatt og Tanya Galbraith. International child abduction. London (1993)
- Gaarder, Karsten og Hans Petter Lundgaard. Innføring i internasjonal privatrett. 3.utgave. Oslo (2000)
- Hutchinson, Anne-Marie, Rachel Roberts og Henry Setright. International parental child abduction. Bristol (1998)
- Kvisberg, Torunn E. Internasjonal barnebortføring. Oslo (1994)
- Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo (2002)
- Sandberg, Kirsten. Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet. Oslo (1990)
- Smith, Lucy og Peter Lødrup. Barn og foreldre. 6.utgave. Oslo (2004)

Dommer

- Rt. 1989 s. 176
- Rt.1993 s. 881
- Rt.1997 s. 1879
- Rt. 1997 s. 506
- Rt. 2002 s. 715
- Eidsivating lagmannsrett – kjennelse: 1992-04-30. LE-1992-655
- Borgarting lagmannsrett – kjennelse: 1996-06-10. LB-1996-1004.
- Gulating lagmannsrett – kjennelse: 1997-01-15. LG-1997-48
- Gulating lagmannsrett – kjennelse:1997-12-19. LG-1997-623

Forarbeider, etterarbeider og rundskriv

- Innst.O.nr.30 (1980-1981). Om lov om barn og foreldre (barnelova)
- Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) om A) Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn B) Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådkonvensjonen av 20.mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar og Haag-konvensjonen 25.oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring.
- Justisdepartementets rundskriv G-136/91 om Europarådkonvensjonen og Haag-konvensjonen om barnebortføring
- Ot.prp.nr.56 (1996-1997) om lov om endringer i lov av 8.april 1981 Barn og foreldre.
- Innst.O.nr.96 (2002-2003). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)
- Innst.S.nr.245 (2002-2003). Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Eirin Faldet, Karita Bekkemellem Orheim og Knut Storberget om flere effektive tiltak for å forhindre barnebortføring og gjøre det lettere å bringe barnet tilbake til rette omsorgsperson.
- Vedlegg. Brev fra Justisdepartementet v/statsråden til justiskomiteen, datert 5.mai 2003. Dok.nr.8:96 (2002-2003)- forslag fra stortingsrepresentantene Eirin Faldet, Karita Bekkemellem Orheim og Knut Storberget om flere effektive tiltak for å forhindre barnebortføring og gjøre det lettere å bringe barnet tilbake til rette omsorgsperson
- Innst.O.nr.92 (2002-2003). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (Innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)
- Ot.prp.nr.29 (2002-2003). Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)
- Ot.prp.nr.82 (2003-2004). Endringer i barneloven (felles foreldreansvar for samboende foreldre)

- FNs barnekonvensjon – fra visjon til kommunal virkelighet. Utarbeidet av Norsk senter for menneskerettigheter på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet. Oslo (2004-2005), <http://odin.dep.no/filarkiv/245008/FNsbarnekonvensjon.pdf> (Sisert 24-10-06)
- Innst.O.nr.84 (2004-2005). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barnelova (felles foreldreansvar for samboende foreldre)

Hague Conference on International Private Law publications

- Pérez-Vera (1982) - Pérez-Vera, Elisa. Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention. Haag (1982). http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=publications.details&pid=2779 (Sisert 26-09-06)
- The Permanent Bureau (1989). Overall Conclusions of the special commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction. Haag (1989). http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=publications.details&pid=2269&zoek=overall%20conclusions (Sisert 26-09-06)
- The Permanent Bureau (2001). Checklist of issues raised and recommendations made in response to the questionnaire concerning the practical operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspect of International Child Abduction (Prel. Doc. No 1). (2001) http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2262&zoek=Checklist%20of%20issues%20raised%20and%20recommendations%20made%20in%20response%20to%20the (Sisert 28-10-06)
- The Permanent Bureau (2006). Regional developments. Preliminary Document no 10 of October 2006 for the attention of the Fifth meeting of the special commission to review the operating of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. (2006) http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/abd_pd10e2006.pdf (Sisert 24-10-06)

Lover

- 1981- Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8.april 1981 nr. 7
- 1988 - Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) av 8.juni 1988 nr. 72
- 1999 – Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999.

Nettartikler

- Sommerfeldt (2003) Sommerfeldt, Atle. FN-dagen 2003. Kjønnsslemlestelse (2003).
<http://www.nca.no/article/view/3297> (Sisert 07-11-06)

Odin. no

- Utenriksdepartementet. Barnebortføring - generell informasjon. Oslo (2000).
http://odin.dep.no/ud/norsk/dok/andre_dok/veiledninger/032001-120007/dok-bn.html
(Sisert 15-08-06)
- Utenriksdepartementet. Internasjonal barnebortføring. Oslo (2005).
<http://odin.dep.no/jd/norsk/tema/barnogunge/p30005272/bn.html> (Sisert 15.08.06)
- Utenriksdepartementet. Instruks for utenriktjenesten. Oslo (2003).
<http://odin.dep.no/odinarkiv/norsk/ud/2003/regelverk/032091-991658/hov008-bn.html>
(Sisert 15-08-06)

The Hague Conference on Private International Law The International Child Abduction Database (INCADAT)

- INCADAT, HC/E/UKe 34 (1988)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=34&lng=1>
(Sisert 01-11-06)

- INCADAT, HC/E/AT 378 (1990)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&lng=1&code=378>
(Sitert 03-10-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 106 (1991)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&lng=1&code=106>
(Sitert 02-10-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 59 (1991)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=59&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 87 (1992)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=87&lng=1>
(Sitert 06-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKs 79 (1993)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=79&lng=1>
(Sitert 06-11-06)
- INCADAT, HC/E/NZ 91 (1993)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=91&lng=1>
(Sitert 06-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKs 107 (1994)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=107&lng=1>
(Sitert 02-10-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 85 (1994)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=85&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/CA 11 (1994)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=11&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/USf 82 (1996)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=82&lng=1>
(Sitert 19-10-06)

- INCADAT, HC/E/UKe 33 (1996)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=33&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/USf 134 (1996)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=134&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKs 77 (1996)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=77&lng=1>
(Sitert 06-11-06)
- INCADAT, HC/E/ES 244 (1997)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=244&lng=1>
(Sitert 02-11-06)
- INCADAT, HC/E/AU 291 (1998)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&lng=1&code=291>
(Sitert 02-10-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 358 (1998)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=358&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 269 (1999)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=269&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 266 (1999)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=266&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/USf 216 (1999)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=216&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/AU 823 (2000)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&lng=1&code=823>
(Sitert 03-10-06)

- INCADAT, HC/E/USf 326 (2000)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=326&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 459 (2002)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=459&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 598 (2004)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=598&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 771 (2004)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=771&lng=1>
(Sitert 27-09-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 579 (2004)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=579&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 591 (2004)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=591&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/FR 814 (2005)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=814&lng=1>
(Sitert 02-10-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 813 (2005)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=813&lng=1>
(Sitert 01-11-06)
- INCADAT, HC/E/AU 824 (2005)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=824&lng=1>
(Sitert 06-11-06)
- INCADAT, HC/E/UKe 818 (2006)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=818&lng=1>
(Sitert 27-09-06)

- INCADAT, HC/E/UKe 829 (2006)
<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=829&lng=1>
(Sisert 01-11-06)

Traktater

- EMK- Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 1950
- Haag-konvensjonen - Konvensjon av 25.oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring
- Europarådkonvensjonen - Europeisk konvensjon av 20.mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar.
- FNs barnekonvensjon - FNs konvensjon om barnets rettigheter. Vedtatt av De Forente Nasjoner den 20.november 1989.
- ØSK – De forente nasjoners internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Vedtatt av De Forente Nasjoner den 16.desember 1966.
- SP – De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sosiale og politiske rettigheter. Vedtatt av De Forente Nasjoner den 16.desember 1966.

